

ETUDE
SUR
**Le Divertissement
et le Recel**

THÈSE
POUR LE
DOCTORAT EN DROIT

Soutenue le 23 Mai 1928, à 2 heures

PAR

Jean MICHEL-LÉVY

Premier prix de Droit civil 1922 — Deuxième prix Concours général 1923
Prix Goullencourt 1923

Président : M. CAPITANT, Professeur.
Suffragants : { M. DEMOGUE, Professeur.
 M. HUGUENEY, Professeur.

PARIS
ÉDITIONS KLÉOS
28, Rue Caumartin

1928

ETUDE
SUR LE DIVERTISSEMENT
ET LE RECEL

ÉTUDE
SUR
**Le Divertissement
et le Recel**

THÈSE
POUR LE
DOCTORAT EN DROIT

Soutenue le 23 Mai 1928, à 2 heures

PAR

Jean MICHEL-LÉVY

Premier prix de Droit civil 1922 — Deuxième prix Concours général 1923
Prix Goullencourt 1923

Président: M. CAPITANT, Professeur.
Suffragants: { M. DEMOGUE, Professeur.
 { M. HUGUENEY, Professeur.

PARIS
ÉDITIONS KLÉOS

28, Rue Caumartin

1928

La Faculté n'entend donner ni approbation,
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553020_0053

INTRODUCTION

Le Problème

Les mots *recel* et *divertissement* apparaissent à différentes reprises dans notre Code Civil.

En matière de succession, l'article 792 décide que « les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession, sont déchus de la faculté d'y renoncer : ils demeurent héritiers purs et simples nonobstant leur renonciation, sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recelés ».

Puis, l'article 801 vient priver de son bénéfice d'inventaire l'héritier « coupable de recélé ».

Au titre « du contrat de mariage », plusieurs textes font également mention du *recel*.

C'est d'abord l'article 1460, décidant que « la veuve qui a diverti ou recélé quelques effets de la communauté, est déclarée commune, nonobstant sa renonciation ».

L'article 1477, relatif au cas où la veuve a accepté la communauté et au cas où c'est le mari qui est coupable de *recel*, stipule, d'une manière générale que « celui des époux qui aurait diverti ou recélé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans les dits effets ».

Une remarque s'impose à la lecture même de ces textes.

Tous les quatre punissent le *recel*. Aucun ne le définit. Or, depuis la Révolution, les lois et les recueils de codification ont, dans l'ensemble, donné des définitions ou des précisions suffisantes lorsqu'il s'agissait de répression.

Le législateur songeait peut-être à s'en tenir à la définition qui avait cours dans notre Ancien Droit. Mais, nous savons que celui-ci n'avait pas un souci exagéré de précision et de rigueur, d'autant plus que les peines étaient arbitraires au Royaume de France et que cet arbitraire dispensait souvent de motifs proprement juridiques.

En somme, le premier point à élucider est de savoir ce qu'est le recel. Et ce premier point, ce sera tout notre travail. Car, donner ou tenter de donner une définition d'une institution juridique cela suppose une étude préalable et suffisamment complète de son histoire et de la formation de ses caractères principaux.

Ne croyons pas que les arrêts aient eu souci de définir le recel qu'ils frappaient. Quelques-uns seulement, en nombre véritablement insignifiant, ont essayé de le faire. L'immense majorité dit simplement, à propos de l'espèce soumise, qu'il y a ou qu'il n'y a pas recel. Heureux encore quand des motifs sont apportés à l'appui de l'une ou l'autre affirmation.

Quant aux auteurs, on ne trouve pas non plus chez eux de définition. Ils étudient le recel incidemment, dans les matières successorales ou matrimoniales, sans pouvoir lui consacrer de longs développements.

Nous ne voulons pas, au début de cette étude, abuser des citations, dont le lecteur déplorera peut-être l'abondance, mais il est indispensable de placer sous ses yeux quelques extraits de nos jurisconsultes modernes pour bien marquer notre indigence totale en matière de définition répondant aux exigences de la logique.

AUBRY et RAU étudient l'article 792 à propos « Des causes pour lesquelles la renonciation peut être attaquée et des effets de son annulation ». « Cours de Droit Civil Français », tome IX, p. 613.

« Toute personne, écrivent Aubry et Rau — texte et note 45 — est admise à faire annuler la renonciation ou à la faire déclarer non avenue :

Lorsque... etc...

Lorsque... etc...

Dans l'hypothèse prévue par l'article 792.

Aux termes de cet article, le successible qui s'est (à une date quelconque, complète M. Bartin), avant sa renonciation, rendu coupable (en sa seule qualité de successible, précise encore M. Bartin) de divertissement ou de recélé d'objets héréditaires, est déchu du droit de renoncer à l'hérédité... Il est, en outre, privé du droit de prendre part, tant comme héritier que comme légataire, dans les objets divertis ou recelés... »

Nous avons épargné au lecteur la fin de cet alinéa. Elle n'est pas nécessaire pour lui faire comprendre que nous ne nous trouvons nullement en présence d'une définition, mais d'une analyse — que le nouvel

éditeur de l'ouvrage, M. Martin, a voulu rendre aussi précise que possible — des textes du Code Civil prévoyant les sanctions.

Qu'est-ce que le recel ? Ni Aubry et Rau, ni leur savant éditeur ne nous le disent. Dix pages et d'abondantes notes sont consacrées par eux à l'étude du divertissement. Les caractères en sont marqués, les sanctions analysées, la jurisprudence discutée. Le recel ou divertissement n'est point défini.

La définition cherchée se trouverait-elle au passage que les illustres auteurs ont consacré à l'étude de la communauté ?

Ouvrons le tome huitième de l'ouvrage déjà cité.

Au § 519, il est traité « Du partage de l'actif ». Ce paragraphe est divisé en trois parties :

- 1° Formation de la masse à partager ;
- 2° Proportion dans laquelle se partage l'actif. Recélé ou divertissement ;
- 3° Mode et effets du partage.

Cette seule composition du paragraphe indique la manière dont peut être étudiée le fait juridique qualifié recel.

En effet, après avoir consacré quelques lignes aux art. 1474 et 1475, Aubry et Rau rappellent la sanction contenue dans l'art. 1477. « Aux termes de l'art. 1477, écrivent-ils, celui des époux qui a diverti ou recélé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets ». Et les deux auteurs ajoutent : « Il n'y a divertissement ou recélé, dans le sens de l'art. 1477, qu'autant que le fait matériel du défaut de représentation ou de déclaration de certains objets de la communauté a été le résultat de l'intention frauduleuse ou déloyale de la part de son auteur, de les soustraire au partage, pour se les approprier en entier et au préjudice des autres ayants-droit ».

Aubry et Rau précisent bien une des conditions exigées pour qu'il y ait recel punissable. Nous trouvons, pendant sept pages, de très précieuses indications, comme au § 613 sus-visé. Nous chercherions vainement une définition.

On trouve une sorte de définition, une esquisse, chez un auteur contemporain d'Aubry et Rau, DEMANTE.

Au tome III de son « Cours analytique de Code Civil », étudiant la disposition de l'article 792, il écrit — N° 113 bis — : « Il faut entendre par divertissement le détournement frauduleux et par recélé la dissimulation frauduleuse de quelques objets héréditaires ».

Distinction que les arrêts font parfois et qui ne présente d'ailleurs aucun intérêt pratique.

En somme, d'après Demante, le divertissement correspondrait au vol de la loi pénale. Le recélé consisterait dans le fait de cacher (celare) un objet que l'on a en sa possession et que, par hypothèse, on devrait déclarer.

M. PLANIOL — « Traité de Droit Civil », tome III, N° 2001 — donne une définition qui ne rend point compte de toutes les solutions que l'auteur énumère aux numéros suivants et qui, surtout, ne contient pas en elle, tous les « Faits constitutifs », étudiés par M. Planiol, au N° 2002.

« On appelle divertissement ou recel, écrit le savant professeur, l'acte d'un héritier qui cache certains effets de la succession avec l'intention de se les approprier et de frustrer ses co-héritiers de leur part dans les choses diverties ou recélées ».

Etudiant les « Formes de l'acceptation » de la femme sous le régime de communauté, M. Planiol donne à peu près la même notion du délit : « Il y a recel ou divertissement lorsque la femme détourne un objet de communauté avec l'intention de se l'approprier ».

Sans avoir lu nos auteurs anciens, sans avoir ouvert un recueil d'arrêts, un étudiant de licence sait que le recel, c'est plus et autre chose. Et aucun des éminents jurisconsultes dont nous venons d'évoquer rapidement les ouvrages n'en doutaient.

M. Bartin lui-même, qui a fouillé plus que tout autre cette matière difficile, donne, à son cours, une définition brève et trop étroite. « Le conjoint s'approprie, dit-il, des valeurs de communauté, meubles ou immeubles ». — Cours de licence, 1922-1923.

« Un co-héritier s'approprie différentes valeurs de la masse héréditaire ». — Cours de Doctorat, 1924-1925.

Si tant de savants auteurs n'ont pu donner une définition logiquement et juridiquement satisfaisante du recel, ce n'est pas au début de cette étude que nous l'allons tenter.

Nous voulions montrer, en posant cette question qui semble préliminaire, qu'en réalité c'est tout le problème du recel que l'on évoque ainsi. Sans dire, dès l'abord ce qu'est le recel, nous allons essayer, dans les pages qui vont suivre, de montrer quels sont les faits qui peuvent être incriminés, les personnes que l'on peut punir à raison de ces faits, comment ces personnes sont punies et si la sanction qui menace

les coupables peut parfois être évitée. Quand nous aurons ainsi parcouru ce cycle, nous pourrons peut-être prendre une idée de ce qu'est le recel.

Comment on peut tenter de résoudre le problème posé

Nous partageons notre étude en deux parties : la première est consacrée à notre ancien droit et commence avec lui, c'est-à-dire à l'époque où il prend conscience de lui-même, au 13^e siècle; la seconde partie étudie la jurisprudence qui s'est formée sur les articles du Code civil dont il est question au début de cette introduction et qui contiennent sur le recel les seules dispositions positives que notre droit possède.

Dans chaque partie, nous étudions, dans un titre, les *Eléments Constitutifs du délit*, et dans un suivant, la *Sanction*.

Les *Eléments constitutifs* sont essentiellement un *Fait à incriminer* et une *Personne à punir*. *Fait incriminé*, *Personne punissable* sont les têtes de chapitre principales de chacun de nos titres.

Evidemment, il n'y a pas symétrie parfaite entre les deux parties.

Dans notre ancien droit, l'étude de la *Personne punissable* tient une place plus importante que dans la partie consacrée au droit moderne. Inversement, nous avons étudié, dans une section à part, la question de savoir si les juges du fait ont le droit, d'après les principes de notre jurisprudence actuelle, de qualifier souverainement les éléments constitutifs qui leur sont soumis. Question qui ne pouvait naturellement pas se poser dans notre ancien droit.

De même, notre première partie contient des développements assez abondants sur les auteurs et les textes des coutumes. Notre seconde partie est une pure étude de jurisprudence.

Telle est, en somme, l'ossature.

Maintenant, dans quel esprit — si l'on nous passe ce mot ambitieux — avons-nous travaillé?

Nous avons voulu, avant tout, suivre l'ordre historique. Etudier ce qu'est le recel, c'est surtout essayer de voir ce qu'il a été, et accompagner, en quelque sorte, cette notion, repensée bien imparfaitement par les jurisconsultes de notre Moyen-Age juridique, fortifiée au souffle bienfaisant du 16^e siècle, prenant corps enfin aux 17^e et 18^e, non sans heurts, sans retours en arrière, puis recueillie par la jurisprudence du

19^e siècle et transformée de nos jours, sous l'influence d'idées nouvelles, que nous voyons peu à peu germer dans nos arrêts.

Et lorsque nous sommes arrivés au terme du voyage, nous pouvons dire quel est le fonds primitif, quel est l'apport nouveau, ce que, peut-être, il y a d'éphémère dans certaines solutions de la pratique, en somme systématiser le lent travail auquel nous aurons assisté au long des pages de cette étude.

Alors, mais alors seulement, nous pourrons nous demander ce qu'est cette institution qui figure dans notre Code Civil et qui ressemble tant, par certains côtés, à d'autres que l'on a coutume de chercher dans le Code Pénal. Nous pourrons essayer de savoir si la sanction que prévoient les articles 792, 801, 1460, 1477 sont de véritables peines, ou bien une appréciation de dommages-intérêts, destinés à réparer le préjudice que le recel aurait pu faire subir à la victime.

Et si nous pouvons y parvenir, nous espérons qu'un travailleur plus heureux pourra, quelque jour, ne point trouver complètement inutiles les matériaux que nous aurons modestement apportés.

PREMIÈRE PARTIE

L'ANCIEN DROIT

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LES PRECEDENTS ROMAINS

Notre Ancien Droit n'a jamais pu construire une théorie complète et cohérente du divertissement. Il ne l'a peut-être même jamais essayé. Et, dans tous les cas, il aurait rencontré, s'il avait tenté d'édifier quelque synthèse, deux obstacles d'ordre très différent, mais tous deux de nature à le faire échouer.

D'abord, le Droit Romain n'était qu'un guide insuffisant. Ensuite, la nature de l'institution était telle qu'elle ne pouvait être étudiée avec fruit par des jurisconsultes qui ne disposaient pas de la technique souple et précise que nous avons de nos jours.

Nous verrons, au cours même de ces développements, en quoi l'on peut dire que la technique de notre ancien droit était peu avancée. Disons, dès maintenant, que nous n'avons pas trouvé de juristes, sauf au 18^e siècle, qui aient tenté de marquer les traits dominants de ce recel, pour lequel il n'y avait pas de dénomination bien définie. Et, au 18^e siècle encore, les efforts ne sont pas couronnés de succès : de très célèbres auteurs, comme Pothier, nous paraissent balbutier en cette matière.

La grosse difficulté qui se pose, dès que l'on aborde l'étude du divertissement, c'est que ce délit est commis par une personne qui a des droits sur la chose qu'elle divertit. Il n'y a même divertissement qu'autant que le coupable a des droits sur la chose divertie. Matériellement, néanmoins, le rapprochement avec le vol s'imposait; et cela contribua à égarer notre ancienne jurisprudence, qui demeura toujours attachée à certains caractères purement extérieurs et physiques du délit. Cette confusion se retrouve même dans notre jurisprudence

formée sur le Code Civil et il fallut une trentaine d'années, à la fin du 19^e siècle, pour trouver la voie qui semble devoir être la meilleure.

Nos anciens auteurs et nos Parlements de jadis auraient peut-être trouvé le bon chemin s'ils avaient pu prendre le Droit Romain comme guide.

Hélas. Il n'y fallait point songer, ou n'y faire appel que très partiellement.

En effet, c'est dans les liquidations de communauté que le recel fit son apparition chez nous. Or, la communauté n'a pas emprunté, et pour cause, ses règles au Droit Romain.

Rome n'avait connu le divertissement qu'à propos des successions acceptées sous bénéfice d'inventaire. Mais cette institution assez complexe n'était point connue dans la France, encore à demi-barbare, du 13^e siècle, et elle demeura longtemps ignorée de nos provinces coutumières, imprégnées si fortement d'esprit germanique.

Rome avait bien imaginé une sanction civile contre l'héritier qui tentait de frauder les légataires ou les fidéicommissaires. L'héritier devait délivrer son legs au légataire sans pouvoir retenir sa quarte falcidie (Dig. 34.9, de his quae ut indignis auferuntur, 6 et 11). Papinien décidait (lib XV Quaest) : « Heres qui tacitam fidem contra leges accomodavit, in ea parte, qua fraudem adhibuit, Falcidia non utitur. Et ita senatus censuit. » Et Marcellus (lib. XXII Dig.) : « Rescriptum est a principe heredem rei quam amovisset, quartam non retinere. »

L'Empereur Hadrien, par un rescrit, avait établi une action en restitution, dont il est question aux « Responsa » de Papinien-Dig. 36.1, Ad senatusconsultum Trebellianum, 58.

De véritable peine, il n'en existait point. Et cela se comprend : l'hérédité, lorsqu'elle est jacente, est, à Rome, « res nullius ». Comment punir le coupable ? « Hereditariae rei furtum fieri Julianus negabat », écrit Marcellus, lib. 8 Dig. (Dig. 37.2 de furtis, 68). Pour suppléer à l'« actio furti », Marc-Aurèle avait créé le « crimen expilatae haereditatis ».

Mais il était impossible d'appliquer cette action au délit de recel.

Dans les rapports des héritiers entre eux, la seule sanction résidait dans l'action « familiae erciscundae ». Il est bien spécifié, au Code (III, XXXVI, fam. ercisc., 3) : « Adversus coheredes tuos dividendae haereditatis iudicio secundum juris formam experire : iudex datus si

quid a coherede etiam tuae portionis ex haereditate sublatum fuerit probatum, factis adjudicationibus secundum juris formam eum tibi condemnabit. Expilatae enim haereditatis crimen frustra cohaeredi intenditur, cum judicia familiae eriscundae indemnitati ejus prospiciatur. »

La femme ne pouvait pas plus subir de poursuite pénale. Le crimen expilatae haereditatis n'était pas fait pour elle. C'est ce que nous enseigne un fragment de l'Épitomae d'Hermogénien (Dig. 47.19, Expilatae haereditatis, 5) : « Uxor expilatae haereditatis crimine idcirco non accusatur, quia nec furti cum ea agitur ».

Les deux questions, en somme, étaient liées. Et il est bien certain que l'on ne donnait pas l'action furti contre la femme. Au titre Rerum amotarum (Dig. 25.2), un passage de Paul, extrait du livre 7, ad Sabinum, est très net sur ce point : « Quod si mortuo viro amoverit, non fecit furtum : quia rei haereditariae nondum possessae non fit furtum. » C'est toujours l'idée que l'hérédité jacente est « res nullius ». Contre la femme, le mari aura l'action « rerum amotarum », simple action en restitution, créée par le Préteur, vers la fin de la République. Il y avait même une sorte de compensation, lorsque les deux époux étaient coupables l'un envers l'autre de détournements. « Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum : et compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas. » (Dig. eod. tit. 7).

Quant à l'héritier qui avait demandé le bénéfice d'abstention, le recel commis par lui le lui faisait perdre. Encore fallait-il qu'il fût « haeres suus ». L'héritier externe conservait ce bénéfice. (Dig 29.2, de acquirenda vel omittenda haereditate, 7 §4 et 21). Ulpien le dit expressément : « Si quis extraneus rem haereditariam quasi subripiens, vel expilans tenet, non pro haerede gerit : nam admissum contrariam voluntatem declarat. »

Une sanction pénale apparaît cependant, au 6^e siècle, avec Justinien, le grand empereur de Byzance.

Au Code (VI.XXX, de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda haereditate), le fragment 22, § 10, le célèbre paragraphe « Licentia » de la non moins célèbre loi « Scimus » (que nous retrouverons dans toutes nos controverses aux 16^e et 17^e siècles) décide : « Licentia danda creditoribus, seu legatariis vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam haeres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est approbare... ut undique, veritate exquisita, neque

lucrum, neque damnum aliquod haeres ex hujusmodi sentiat haereditate : illo videlicet observando, ut si ex haereditate aliquid haeredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel haereditatis quantitati computare compellantur. »

Cette loi, promulguée à Constantinople en 531, est la première qui prévoyait une peine.

Mais l'action est ouverte à tous : créanciers — ce sont même eux qui sont en première ligne — légataires et fidéicommissaires.

Le paragraphe 12 du même fragment contient une autre disposition pénale : « Si vero postquam adierint, vel sese immiscuerint, praesentes vel absentes inventarium facere distulerint et datum jam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit : tunc ex eo ipso quod inventarium secundum formam praesentis constitutionis non fecerint, et haeredes esse omnimodo intelligantur : et debitis haereditariis in solidum teneantur, nec legis nostrae beneficio perfruantur, quam contemnendam esse censuerint. »

Ces deux dispositions voisines et qui paraissaient contradictoires furent une source de controverses très vives qui remplirent les trois derniers siècles de notre ancien droit.

Enfin, Justinien allait encore légiférer sur le bénéfice d'inventaire par une novelle de janvier 539, qui figure au recueil des « Authenticae, seu Novellae Constitutiones Divi Justiniani », au titre I^{er} « de haeredibus et Falcidia ».

Au chapitre II, « de lege Falcidia et inventario », nous trouvons un paragraphe 2^o consacré à la sanction des exigences de forme édictées par Justinien.

« Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram sicut praediximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios et fideicommissarios... »

C'est la déchéance du bénéfice d'inventaire.

Et, du 16^e au 18^e siècle, nos jurisconsultes vont disputer sur le point de savoir s'il faut appliquer à l'héritier bénéficiaire coupable de recel, la peine du paragraphe « Licentia », au Code, ou la déchéance de la Novelle.

Le Droit Romain ne put pas, nous l'avons déjà dit, être un guide comme dans les autres branches de notre activité juridique. Sur ce point délicat, il ne contenait que des solutions de circonstance, qui ne

pouvaient convenir aux exigences de la société française. Le respect dont les lois romaines étaient environnées même dans les pays du Nord peut faire illusion. On voit, en effet, le Digeste et le Code fréquemment cités et peu nombreux sont les auteurs qui osent s'affranchir des textes qui représentent la raison écrite. Mais, dans la réalité, les auteurs romanisants s'embarrassèrent dans de vaines conciliations entre des textes qui leur paraissaient contradictoires, privés qu'ils étaient de leur support historique, ou bien dans des polémiques qui affaiblirent leur position en face des juristes coutumiers, moins subtils parfois, mais qui avaient sur eux l'immense avantage de chercher les solutions qui fussent le mieux adaptées aux besoins de la pratique.

CHAPITRE PREMIER

LES ELEMENTS CONSTITUTIFS

SECTION PREMIÈRE

LE FAIT INCRIMINÉ

1°. — DU 13^e SIÈCLE AU 16^e

Lorsque le Droit Français, sortant peu à peu du chaos qui avait suivi l'effondrement de la civilisation en Occident, prit conscience de lui-même et que quelques principes furent couchés par écrit par les premiers praticiens, il se trouva aussitôt en présence de ce délit, que les Romains avaient connu, en matière de succession.

Au 13^e siècle, le mot « Recel » n'est pas encore inventé, mais la chose est fort bien décrite par BEAUMANOIR, dans les « Coutumes de Beauvoisis » (Ed. Salmon — Ch. Des Douaires, XIII, n° 456).

La femme, écrit-il, quoique renonçant « as muebles et as detes », veut néanmoins emporter « sa plus belle robe à parer et son plus beau lit fourni et de chascune manière de joiaus le plus bel ».

C'est là un genre de recel bien particulier, car ce que la femme emporte, ce sont des objets à usage personnel. Or notre ancienne France connaissait la maxime suivant laquelle « mulier non debet abire nuda ». Seulement, Beaumanoir veut montrer que, dans l'espèce, la femme emporte ce qu'elle a de mieux, alors que la coutume ne lui accorde, lorsqu'elle renonce à la communauté, que « sa robe de chascun jour... et son lit tel comme ele l'avait accoustumé plus communément pour son gésir ».

L'exposé de Beaumanoir est d'ailleurs tout à fait incident et il ne faut pas chercher dans les « Coutumes de Beauvoisis » une théorie qui ne s'y trouve pas. Beaumanoir s'est borné à rapporter un cas qui était venu devant lui « en jugement, à Clermont ». Rien de plus.

Mais, une trentaine d'années plus tard, il semble que les tribunaux aient songé à punir d'autres faits que le léger larcin contre lequel Beaumanoir avait eu à sévir.

Deux arrêts du Parlement de Paris, rendus, l'un en 1309, l'autre en 1313, prouvent que l'on incrimine le détournement matériel de meubles ou de deniers communs et même la destruction de créances communes et l'omission de meubles ou de deniers dans l'inventaire. (« Olim » t. III, 1^{re} part., n° 71, p. 461, et 2° part., n° 45, p. 870).

Le délit a reçu un nom technique : l'arrêt de 1309 emploie le mot « Recelare », celui de 1313, le verbe « Levare ».

On voit combien est large, dès le début du 14^e siècle, la notion que les juristes se font du recel.

L'arrêt de 1309 incrimine même le fait commis avant la dissolution de la communauté. Il s'agit d'omissions dans un inventaire dressé à la mort d'un certain Philippus Hermina, par sa femme Margareta de Attrabato, et de dissimulations de deniers qu'elle aurait reçus même avant la mort de son mari, «....ducentas libras Turonenses monete predictæ, quas licet ante obitum dicti Philippi recepisset... »

En 1313, c'est le mari qui est coupable. Et il semble, à lire le texte, que le Parlement punissait le recel d'immeubles, quoique leur détournement matériel fut évidemment impossible.

L'espèce était la suivante : « Cum, super mota controversia inter Huardum Hapart, ex parte una, et procuratorem nostrum pro nobis, necnon Gniotum, Robinum et Martinum, filios Guerini Daufaut, et heredes defuncti Ysabellis, uxoris quondam dicti Huardi, ex altera, super bonis per ipsum Huardum, ut dicebatur, recelatis et non positis per ipsum Huardum in inventario per eum facto de bonis mobilibus, debitis et conquestibus, que dicti Huardus et Ysabellis, constante matrimonio, inter eos, adquisierant, et super eo quod dictis bonis ad manum nostram positis existentibus, idem Huardus, de dictis bonis plura levasse dicebatur, post obitum dicte uxoris sue... »

Huardus Hapart, lors du décès de sa femme Isabelle, aurait donc dû faire inventaire des meubles, dettes et conquêts de la communauté. Il ne l'avait pas fait. Il s'était même emparé de divers meubles et conquêts. Or les conquêts sont des immeubles.

De ces deux arrêts, nous pouvons conclure que la jurisprudence parisienne du début du 14^e siècle se faisait du recel une idée fort large. On peut presque dire qu'elle punit toute fraude commise par l'époux

survivant pour frustrer, d'une manière quelconque, les héritiers du prédécédé.

Une lacune cependant : les arrêts en question ne paraissent pas se soucier du point de savoir si les omissions sont le résultat d'une simple négligence ou si l'époux survivant a bien eu l'intention de faire fraude aux droits des ayants-cause du prédécédé.

Cet élément intentionnel du délit a échappé aux juges de 1309 et de 1313, comme il avait échappé à Beaumanoir.

Il n'apparaît pas plus aux « Coutumes notoires du Châtelet », qui sont des environs de 1370. Au n° 139 de cet ouvrage, il est question, très brièvement, de « prendre les meubles du trépassé » ; formule bien défectueuse pour désigner le recel.

C'est seulement à la fin du 14^e siècle que l'élément intentionnel du délit fera l'objet d'une étude : « Grand Coutumier de France », livre II, ch. 31.

A propos de la renonciation de la femme à la communauté, l'auteur du « Grand Coutumier » explique que cette renonciation ne vaut rien, « s'il y a fraude, tant soit petite ». Cette « fraude », c'est évidemment la volonté de frustrer les autres ayants-droit, par exemple les héritiers du mari. Et le moyen, pour la femme, de frauder ainsi ses copartageants, c'est l'omission dans l'inventaire, la dissimulation, la destruction de créances, ou tous autres procédés visés dans les arrêts de 1309 et de 1313.

La notion de recel est donc précisée d'une manière à peu près satisfaisante, à la fin du 14^e siècle. Aux éléments de fait, déjà étudiés antérieurement, le « Coutumier » de Jacques d'Ableiges ajoute la notion très importante de l'intention frauduleuse. Il ne le fait, à dire vrai, qu'incidemment, et seulement pour le cas de la femme renonçante, mais il n'est pas douteux que l'on en devait tenir compte également pour le mari.

Il n'en faudrait point conclure que les praticiens du 14^e siècle se sont fait du recel l'idée que nous en avons aujourd'hui. Ont-ils même conçu d'une manière claire l'existence de ce délit ? En d'autres termes, l'ont-ils « isolé » des divers problèmes que le régime de la communauté posait devant eux ?

Cela n'est pas certain. Au contraire.

Chez aucun auteur, en effet, on ne discerne un effort de synthèse pour construire, avec les données de la pratique, une théorie, même

élémentaire, du divertissement. Dans tous les ouvrages, depuis celui de Beaumanoir, on se préoccupe beaucoup moins de définir avec précision les éléments du recel que d'exposer comment on a réprimé dans tel cas donné. Même BOUTILLIER, qui, dans sa « Somme Rural », a quelques intentions dogmatiques, n'étudie pas le recel en lui-même et pour lui-même. Il en traite en quelques lignes à propos de la renonciation, sans écrire le mot.

Au livre II, titre 21, il nous dit : « ...Et (la femme) ne doit avoir que habit quotidien et qui à son propre corps appartient... » Plus loin : « ...Et doit la Dame jurer sur le missel qu'elle fait cette renonciation sans fraude et que nuls biens meubles n'en a, mais les offre à dénoncer à son pouvoir aux hoirs du crédeur dudit défunt, son droit de douaire sauf ».

Beaumanoir exposait déjà, un siècle auparavant, qu'il avait été obligé de sévir contre une femme renonçante qui voulait emporter « sa plus belle robe à parer ». Il y a cependant un progrès avec Boutillier : au lieu de se borner à l'analyse d'une espèce, comme l'a fait Beaumanoir, il pose une règle.

Mais cette règle appartient à la théorie de la communauté. L'étude propre du divertissement reste à faire.

Il est remarquable — et M. Charles Lefebvre l'a remarqué, dans ses Cours sur le Droit matrimonial français — que le 13^e et le 14^e siècles n'aient connu le recel qu'en matière de communauté.

M. Lefebvre en donne une raison qui paraît péremptoire : les auteurs coutumiers ignoraient le bénéfice d'inventaire. Cependant, il n'est point nécessaire qu'une succession soit acceptée sous bénéfice d'inventaire pour que le recel y soit possible. Il peut exister, de la part d'un co-héritier vis-à-vis d'un autre en cas de succession acceptée purement et simplement. Cela est indiscutable. Et il semble, pourtant, qu'historiquement, M. Lefebvre ait raison.

En effet, le premier auteur qui ait traité du divertissement en matière de succession, — MASUER, « Practica forensis », titre 32, n^o 64 — n'a examiné que la question du bénéfice d'inventaire. « ...Et si (l'héritier) omet quelque chose en l'inventaire par fraude ou malice, il perd le bénéfice d'iceluy et, partant, le juge lui doit enjoindre de faire ledit inventaire légalement et fidèlement, sur peine de privation du bénéfice d'iceluy ».

Nous voyons qu'au 15^e siècle, le recel s'introduit dans le domaine des successions au moins pour celles acceptées bénéficiairement. Mais,

il faut prendre garde que Masuer écrit surtout pour la France de Droit Romain, en général, et pour sa province d'Auvergne en particulier. Les auteurs coutumiers ne connaissent le recel qu'en fonction du régime de communauté.

II°. — AU 16° SIÈCLE

Les Coutumes. — Le 16° siècle est la grande époque de rédaction ou de réformation des coutumes. Mais, nous ne pouvons attendre de ces textes, essentiellement composés pour les besoins de la pratique, une définition doctrinale du divertissement.

Au reste, il n'y a pas encore de mot technique précis pour désigner ce délit. Pour s'en convaincre, il suffit de parcourir les différents coutumiers.

Le mot « Recéler » ne se trouve qu'en Nivernais — ch. 23, article 14 —. Bourgogne Comté, article 42, et Bourbonnais, article 246, jugeant peut-être que « Recéler » n'est pas assez précis, lui ajoutent le verbe « Emporter »; Bourgogne Duché, rub. IV, 21, et Bar article 92, le verbe « Soustraire »; le Coutumier de Normandie, article 394, écrit : « Prendre » et « Conceler »; la Coutume de Reims, article 274, « Transporter ou Détourner ». A Châlons, où l'on prétend sans doute tout prévoir, l'article 31 énumère « Prendre », « Transporter », « Recéler ». La Rochelle, article 47, se contente du verbe « S'emparer ».

Une telle multiplication de mots est une preuve de la confusion qui règne dans les esprits touchant les éléments constitutifs du délit de recel.

D'autre part, il est à noter que les différents verbes que nous avons relevés dans les textes de coutumes supposent une action purement matérielle, celle de prendre ou de cacher, pour les garder, des objets de communauté. Il n'est pas question d'omissions dans l'inventaire ou de destruction de créances communes dans l'intention de faire fraude aux héritiers de l'époux prédécédé.

A lire les articles, il semble que l'on soit revenu, au 16° siècle, à une conception simpliste et grossière du divertissement.

La coutume de Reims — négligence ou intention ? — ne vise, en son article 274, que le détournement des biens « du mari ». L'expression avait cours à la fin du 14° siècle, par exemple, aux « Coutumes notoires du Châtelet de Paris », n° 139, ou aux « Décisions de Jean Desmares », déc. 129. Les commissaires champenois avaient-ils subi

l'influence de ces anciens textes? Cela paraît peu probable. Quoiqu'il en soit, laissons là cette petite querelle de mots, et poursuivons la lecture de cet article 274.

Il ne punit pas le simple détournement matériel en tant que tel. Il faut qu'il s'y ajoute un élément moral. Le texte le précise en ces termes : « (il faut que la femme) ait dénié et recélé iceux (biens communs) étant sur ce interrogée par justice, ou en eût été convaincue. »

Langage quelque peu rocailleux, mais compréhensible. La femme aurait pu emporter des biens communs en s'en croyant vraiment propriétaire. Mais si le juge l'interroge sur ce point et que, malgré les protestations de la partie adverse, la femme persiste dans ses dénégations, alors elle sera, comme nous dirions aujourd'hui, constituée en état de mauvaise foi et, s'il est démontré que les biens qu'elle emportait étaient communs, on la considérera comme coupable de recel.

D'assez nombreuses coutumes ont insisté sur cet élément intentionnel et en des termes plus heureux que la coutume de Reims, ce qui n'était d'ailleurs pas difficile.

A propos de l'octroi du bénéfice d'émolument, la Coutume de Paris, article 228, exige que « soit fait loyal inventaire et qu'il n'y ait faute ni fraude de la part de la femme ou de ses héritiers ». La Coutume de Calais commet un léger pléonasme, dû vraisemblablement à ce que le mot « recel » n'a pas encore pris son sens technique. Son article 38 s'occupe de la femme qui « a *frauduleusement* caché, recélé et soustrait... »

L'article 394 de la Coutume de Normandie ouvre un champ plus large à l'interprétation. Mais il faut toujours se souvenir qu'il est très dangereux d'interpréter, avec nos idées juridiques modernes, d'anciens textes qui n'ont pas du tout la précision que nous leur attribuons généralement. Nous venons de voir, pour ne prendre qu'un exemple, que le mot recel n'a pas, au 16^e siècle, le sens particulier qui est le sien aujourd'hui.

La Coutume de Normandie utilise les mots « prendre » et « conceler », qui supposent essentiellement un acte matériel. Mais, elle ajoute : « ...et où puis après il serait trouvé qu'elle (la femme) en aurait eu aucune chose directement ou indirectement, elle est tenue... »

La femme peut avoir « eu » une chose commune « directement ou indirectement » de bien des manières, et, si nous interprétions le texte à la lettre, nous en déduirions que la Coutume de Normandie a eu du

divertissement une notion très large, qu'elle a, par exemple, considéré comme tels une vente simulée ou un acte quelconque falsifié.

Mais il est bien douteux que les rédacteurs de 1582 aient songé que l'emploi de ce verbe « avoir », accompagné de deux adverbes pût entraîner de telles conséquences. Ils devaient avoir en vue surtout le fait matériel du détournement, direct, par la femme, indirect, par des complices.

Un autre texte susceptible d'interprétations hardies est la Coutume d'Artois, rédigée en 1509, modifiée successivement en 1540 et 1544. Son article 79, relatif à l'héritier bénéficiaire, et devenu 82 dans la rédaction de 1540 et 113 en 1544, laissait entendre que le recel pouvait être commis autrement que par simple soustraction matérielle : « ...si ledit héritier a, par son inventaire, priserie et compte, recélé... »

Force nous est ici d'interpréter ce texte, assez peu clair.

Le recel « par l'inventaire », c'est l'omission, — frauduleuse, ajouterons-nous. — Le recel « par la priserie », ce devait être le délit commis par l'héritier qui sous-estimait l'actif, afin de payer une somme moindre aux créanciers héréditaires. Le recel « par le compte » était sans doute celui que commettait l'héritier, lorsqu'il augmentait frauduleusement le passif.

Outre qu'une telle interprétation ne présente pas une certitude absolue, il faut noter que les commentateurs de la Coutume n'y songèrent point. La notion du recel n'y a donc rien gagné.

Bornons là cette énumération des textes coutumiers, qui deviendrait fastidieuse, sans rien nous apporter de plus. Nous pouvons conclure que ces textes ne marquent aucun progrès sur la jurisprudence des époques antérieures. Ils ne définissent pas le délit, et pour cause : il n'a point encore sa place dans la terminologie juridique courante. Voyons si la jurisprudence a persévéré dans sa marche hardie.

Les Arrêts. — Ce qui est tout d'abord remarquable, dans la jurisprudence du 16^e siècle, c'est la place importante qu'elle fait aux questions d'intention. L'élément moral va être pris en grande considération.

CHARONDAS — « Réponses du Droit Français », VIII, 15 — cite deux décisions du Parlement de Paris qui sont caractéristiques à cet égard.

La première, du 27 janvier 1582, « excusait la latitation », parce qu'il n'y avait pas eu intention frauduleuse.

La seconde, du 23 juin 1582, n'admettait point d'excuse, bien qu'il y eût eu restitution immédiate des objets soustraits, précisément parce que cette soustraction avait été commise avec intention de fraude.

Nous dirions, nous, qu'il y avait recel dans le second cas et non dans le premier. Preuve encore de la lenteur avec laquelle se forment, au cours des âges, les concepts juridiques qui nous paraissent les plus élémentaires.

Quant au fait en lui-même, un nouvel élément apparaît. L'omission frauduleuse dans l'inventaire étant punie, que dire en cas de non-confection d'inventaire ? La question se posa devant le Parlement de Paris, le 8 mars 1575. La femme avait renoncé à la communauté et n'avait point fait inventaire; les créanciers communs prétendaient obtenir l'application des peines du recel. Vous n'êtes pas fondés à vous plaindre, répondait la femme, puisque vous avez action pour le tout contre les héritiers de mon mari. Le Parlement donna gain de cause à la femme et débouta les créanciers.

Mais, en 1580, la Coutume de Paris était réformée. A l'article 237, qui prévoyait le cas de renonciation, on ajoutait une exigence nouvelle : faire « bon et loyal inventaire ».

La jurisprudence de 1575 devenait difficilement défendable. De plus, disait-on, si l'on réprime une omission dans l'inventaire, a fortiori l'on doit punir en cas de non confection d'inventaire. C'est la solution qui fut consacrée par un arrêt du Parlement de Paris du 27 février 1581.

En ce qui concerne l'objet sur lequel peut porter le recel, la jurisprudence n'a pas varié. Comme au 14^e siècle, elle frappe le recel d'immeubles. Cela résulte d'un arrêt du Parlement de Bretagne, du 10 octobre 1562. Cette décision, très particulière en raison de son caractère comminatoire — le juge donnant un ordre, sous peine d'une sanction qu'il fixe à l'avance — prouve que l'on punit l'omission en l'inventaire de « toutes lettres et contrats d'acquêts ». Or, l'omission de ces derniers, c'est le recel d'immeubles.

La pratique judiciaire du 16^e siècle, comme celle du 14^e, demeure donc singulièrement hardie.

Les Auteurs. — Charondas, qui a analysé, soit dans ses « Réponses du Droit Français », soit dans son commentaire de la Coutume de Paris, l'intéressante jurisprudence de la fin du 16^e siècle, ne paraît pas en avoir tiré tout le parti possible.

Il s'en tient à la soustraction matérielle portant sur un meuble, et accumule les synonymes, sans que son exposé gagne en précision : « appréhender », « disposer », « prendre », « soustraire », « recéler », « latiter ».

BACQUET, lui aussi, n'envisage que le pur détournement — « Traité des Droits de Justice », ch. 21, n° 64. — Mais, au recel portant sur des meubles, il ajoute celui ayant pour objet des « lettres ou titres », c'est-à-dire des immeubles. Il ne tire d'ailleurs aucune conséquence intéressante des solutions de la jurisprudence de son époque.

Guy COQUILLE lui-même n'apporte rien de nouveau sur le divertissement. A la différence de Bacquet et de Charondas, il note l'importance de l'élément moral, mais bien brièvement, dans une petite incidente qui passerait inaperçue, si 'on ne lisait pas Guy Coquille comme on le faisait, au siècle dernier, des textes du Code Civil.

Dans ses « Questions sur les Coutumes », N° 119, il signale, d'une façon générale, que « celui qui a part et portion dans une chose, s'il la recèle et cache *pour frustrer* celui qui y a portion... »

Les autres auteurs du 16^e siècle ne nous apportent rien de plus sur la notion du « fait incriminé » dans le recel. C'est donc encore à la jurisprudence qu'il convient de faire appel lorsque l'on veut étudier les divers éléments constitutifs du délit de recel.

III^e. — AU 17^e SIÈCLE

Les Arrêts. — L'élément intentionnel, qui semblait bien fixé au siècle précédent, s'obscurcit un peu et donne lieu à quelques décisions en sens divers.

Il conserve, au début du 17^e siècle, toute son importance. Les avocats le savent si bien que, dans leur défense, ils tentent de faire admettre qu'il y a eu, de la part de leur client, « plus d'oubliance que de mauvaise foi ». Arrêt du 21 mai 1605, rapporté par LOUET — « Recueil de plusieurs notables arrêts de tous les Parlements et Cours souveraines de France ». Lett. H., somm. 24. —

Cependant, dans le Recueil même de Louet, nous voyons certains avocats au Parlement de Paris se faire de l'intention frauduleuse une conception assez singulière. — Lett. R., somm. 48. —

Dans une espèce où l'on incriminait un détournement matériel de deniers et une dissimulation de créances, les avocats des défendeurs invoquèrent un arrêt de 1387, rendu dans la célèbre affaire Courtenay-

de Crèveœur, et aux termes duquel il n'y avait point lieu à privation de part.

La seule réponse de leurs adversaires consistait à faire observer que cet arrêt avait été rendu contre une veuve, qui avait commis son « recélé » plutôt « par ignorance que par dol ». Ils ajoutaient qu'ils faut « faire distinction du simple recélé non qualifié d'avec celui fait per dolum et fallaciam et fraudandi animo ».

C'était dire qu'il y avait deux sortes de recel, l'un coupable, en raison de l'intention frauduleuse qui l'accompagne, l'autre, simple oubli non punissable.

Dès lors, il est vain de se demander si l'intention frauduleuse est un élément constitutif du délit de recel, puisque le mot recel n'a pas encore un sens technique.

Cela n'empêche pas certains arrêts de se faire une idée très nette de ce qu'est la mauvaise foi en matière de divertissement. Ainsi, une veuve qui s'était rendue coupable de recel, restituée les objets divertis avant qu'aucune action soit intentée contre elle, mais après la saisie des choses recélées. Sa restitution, disent ses adversaires, n'est point spontanée; la mauvaise foi de la femme demeure entière. Ce fut également l'opinion du Parlement de Paris, qui rendit, le 26 mars 1630, un arrêt de condamnation.

Mais la terminologie juridique manque de netteté et toute définition précise est, par là même, rendue impossible. Dans une affaire jugée par le Parlement de Paris, le 1^{er} septembre 1681, reparait la distinction entre le recel « que l'on appelle — qui, on? — le simple recélé, à l'égard duquel on ne peut demander autre chose que la restitution de ce qui a été diverti et l'autre, qu'on appelle recélé qualifié, fait per dolum et fallaciam et fraudandi animo; celui-là véritablement est punissable ».

Nous en revenons toujours au même point : si le recel, en lui-même, n'est pas un délit, comment déterminer ses éléments constitutifs? Et si c'est un délit, comment peut-il n'être pas punissable? La jurisprudence du « Grand Siècle » ne semble pas avoir eu conscience du véritable problème, que les arrêts des époques précédentes avaient eu le mérite de poser avec une précision satisfaisante.

Quant à l'objet sur lequel peut porter le recel, ce peut être indifféremment un meuble ou un immeuble. Un arrêt du Parlement de Paris, du 12 août 1623, l'admit « in terminis ».

Sauf un ancien arrêt de 1309, qui nous a paru frapper le recel même

commis antérieurement à la dissolution de la communauté, nous n'en avons trouvé aucun, statuant sur ce point pour toute la période comprise entre le 14^e siècle et le 17^e. C'est à cette époque seulement que la question se pose assez fréquemment devant les tribunaux.

Le 2 février 1636, un arrêt du Parlement de Normandie — « Recueil » de Louet. Lettre C., somm. 36 — punit une femme dont le détournement était antérieur à la dissolution de la communauté, parce qu'il avait été commis en vue de cette dissolution.

Le 15 mai 1656, le Parlement de Paris rendait un arrêt dans le même sens, dans une affaire où la requête introductive d'instance faisait état de « recelés, furs et divertissements commis, tant du vivant que pendant la maladie et après le décès » du mari. — « Journal des Audiences », à sa date.

Mais la jurisprudence du 17^e siècle ne donne pas cette impression de netteté et de hardiesse qui se dégage de l'étude des arrêts plus anciens. Non seulement elle fait faire peu de progrès à la notion qui nous occupe, mais encore elle perd du terrain que l'on pouvait considérer comme acquis.

Les Auteurs. — Qu'ils soient commentateurs de coutumes, auteurs d'ouvrages doctrinaux ou arrêtistes, les jurisconsultes du 17^e siècle se soucient assez peu de déterminer avec rigueur les éléments constitutifs du divertissement.

Louet, dans son « Recueil », emploie le mot de « malversations », qui pourrait évidemment donner matière à une large interprétation du fait incriminé dans le recel. Mais nous ne pensons pas qu'il soit possible d'entendre cette expression dans son plein sens, sous peine de dénaturer la pensée véritable de son auteur, sous prétexte d'interprétation rigoureuse et littérale. La précision des termes juridiques et l'emploi du mot propre sont encore plus rares au 17^e siècle que de nos jours.

Des idées originales se trouvent dans la « Compilation » de Claude de FERRIERE sur la Coutume de Paris (art. 342, gl. I re).

« On ne peut pas définir, écrit-il, quelle somme est nécessaire ou de quelle valeur doivent être les choses recélées pour faire tomber l'héritier dans la peine de payer toutes les dettes. M. Auzanet, sur cet article, dit qu'on pourrait fixer la valeur du recelé à un écu et que, comme l'ordonnance de 1602 oblige à parler par livres et non par

écus, on pourrait établir la peine, lorsqu'il est certain, à 3 livres, 4 livres ou 10 livres. »

Et de Ferrière ajoute : « Il semble que, pour peu de chose, un héritier tomberait dans une perte considérable, comme s'il avait pris une tabatière ou autre chose de peu de valeur; cela doit dépendre des circonstances, quo animo l'héritier l'a fait; car s'il l'a fait *lucri faciendi causa*, il y a lieu de croire qu'il a fait d'autres soustractions ou divertissements. »

En somme, d'après l'illustre commentateur, le recel d'une tabatière ne constitue pas un recel, parce que la tabatière n'a pas une valeur suffisante. Mais le recel de deux tabatières — si leur valeur atteint au moins un écu — est un recel véritable. D'autre part, le recel est punissable, alors même que la valeur de la chose recélée n'atteindrait pas un écu, s'il a été commis « *lucri faciendi causa* », parce qu'en pareil cas on présumera qu'il y a eu d'autres recélés. Ainsi, celui qui a diverti une tabatière de faible valeur, mais dans une intention de lucre, sera présumé avoir commis d'autres divertissements. Ce qui atténue les difficultés de preuve et accélère grandement la marche de la justice...

Ce passage de de Ferrière suggère d'autres réflexions encore, touchant la fragilité de certains concepts juridiques dont on s'imagine qu'ils ont toujours existé parce qu'ils nous paraissent aujourd'hui très simples.

Ainsi, de Ferrière veut punir l'esprit de lucre, c'est-à-dire à peu près l'intention frauduleuse. Pourquoi cette intention est-elle absente lorsque l'objet diverti vaut moins d'un écu? Résumons-nous. De Ferrière, comme beaucoup d'auteurs, confond le fait et l'intention, et il frappe l'un ou l'autre, sans grand discernement. Si c'est l'intention que l'on punit, on devra incriminer tout fait, quelque infime qu'il puisse être, dès que l'on aura constaté l'existence de l'intention sous l'empire de laquelle il a été commis. Si c'est le fait en lui-même que l'on veut frapper, et abstraction faite de toute question d'intention, alors on ne doit pas aller chercher des présomptions de faute dans l'existence de l'intention frauduleuse qui a présidé à la perpétration du fait.

Mais ces distinctions, qui nous sont familières, n'avaient point cours au siècle de Descartes.

C'est ainsi que nous voyons Guillaume de LAMOIGNON, Premier

Président au Parlement de Paris, tomber dans la même erreur que Claude de Ferrière, mais, à dire vrai, avec plus de discrétion.

Au n° 120 de ses « Arrêtés », M. le Premier Président définit ainsi le recel : « L'omission volontaire et frauduleuse de quelque effet considérable... »

Remarquons, en passant, que si l'omission est frauduleuse, elle est en même temps volontaire. Cela est peu de chose. Ce qui est plus important, c'est la nécessité, pour l'effet qui est omis, d'être « considérable ». Cela rappelle invinciblement les 3, 4 ou 10 livres du bon de Ferrière, et lorsque l'on sait qu'Auzanet collabora à la rédaction des « Arrêtés » du Président de Lamoignon, on ne s'étonne plus que d'une chose : c'est que M. le Premier n'ait point précisé à partir de quelle valeur un effet devenait « considérable ».

L'impression que laisse cette revue rapide du 17^e siècle est décevante. La notion du recel demeure dans le vague et, ce qui est plus grave, c'est que les juristes d'alors ne paraissent point se rendre compte des insuffisances des travaux antérieurs. Ils n'ont pas encore de méthode et ne s'en soucient point. Comment pourrait-on exiger d'eux une définition précise d'une institution juridique quelconque ?

IV^e. — AU 18^e SIÈCLE

Les Auteurs. — Le début du 18^e siècle ne marque aucun progrès sur le précédent. Cependant, on commence alors la publication de gros traités de droit, qui ne sont plus seulement des ouvrages de pratique ou de simples commentaires sur les coutumes, mais qui ont des prétentions doctrinales.

On y étudie scientifiquement — si l'on peut dire — des matières complètes, par exemple la communauté. Et, à propos de la dissolution de la communauté, au chapitre du partage, on consacrera un paragraphe à la théorie du recel.

Mais, de ce que la forme des traités du 18^e siècle est sensiblement la même que celle de nos ouvrages modernes, il n'en faut pas conclure que les questions y sont traitées de la même manière. Nous trouverons chez quelques auteurs un souci très réel de précision et de méthode, mais d'autres se montreront beaucoup plus détachés de telles préoccupations.

C'est le cas, en particulier, pour RENUSSON; dans son « Traité de la Communauté », 2^e partie, où tout le chapitre II est consacré au d'vertissement.

Pour Renusson, l'intention frauduleuse n'est pas un élément constitutif de recel. C'est le recel, en lui-même, qui est une fraude. Au paragraphe 23, il écrit, en effet : « Le recélé n'est pas même une simple fraude, mais une fraude qualifiée et un délit. » Cette distinction pourrait avoir un sens si son auteur nous apprenait la différence qui sépare la « simple fraude » de la « fraude qualifiée » et celle-ci du « délit ».

L'analyse de l'intention frauduleuse comme élément constitutif du recel, que Renusson n'avait pu mener à bien, fut entreprise avec succès une vingtaine d'années plus tard, par LEBRUN. — « Traité de la Communauté », livre 3, ch. 2, dist. 2, nn. 18 sqq.

Cette analyse conduit Lebrun à considérer comme recel tout fait frauduleux présentant les caractères habituels, dès lors que le coupable a eu l'intention de profiter du détournement au moment de la dissolution, que ce fait ait, d'ailleurs, été commis pendant le mariage ou après la dissolution.

Néanmoins, Lebrun lui-même ne donne pas de définition du divertissement. Son n° 19 traite « des vols faits durant le mariage » et commence ainsi : « S'il arrive aux conjoints de se voler l'un l'autre, en choses importantes, ils n'ont ni l'action directe, ni l'action utile rerum amotarum... » Le n° 20 porte, en sous-titre marginal, « Les divertissements faits durant le mariage n'emportent pas les peines ordinaires, s'ils ne sont commis dans la vue d'un divorce ou d'une mort prochaine ». Et il commence ainsi : « Il s'ensuit que ce que la femme peut avoir détourné pendant le mariage, non dans la vue d'obtenir une séparation... ne la soumet pas aux peines des recelés. »

Il y là une sorte de procédé descriptif cher aux juristes anglais. Lebrun parle de la « peine des recelés ». Il ne dit pas ce que c'est qu'un recélé. On peut à peine le déduire de quelques mots du n° 20, où il est question de la femme qui conserve, après la dissolution du mariage, les objets qu'elle avait détournés, constante matrimonio. « Que si, écrit Lebrun, ne l'ayant pas rapporté pendant le mariage, elle persiste à le retenir après la mort du mari, c'est alors qu'elle est coupable de recélé et qu'elle peut être poursuivie à ce titre, par les héritiers... » L'auteur indique bien quand il y a recel; il ne dit pas ce que c'est que le recel.

C'est son annotateur, Louis Hideux, qui tente, au n° 18, une définition en règle du délit étudié aux paragraphes suivants.

Mais, non content de définir, Hideux veut encore distinguer. Pour

lui, recel et divertissement sont choses différentes. « Le recélé, c'est l'omission de déclarer ou mettre en évidence quelques-uns des effets communs. Le divertissement est la soustraction que l'on fait de quelques effets qu'on emporte hors de la maison. » Distinction qui répond évidemment au sens étymologique des deux mots. Mais Hideux prétend la fonder sur une base plus solide que la linguistique.

Un arrêt, selon lui, aurait posé, dès le 14^e siècle, la distinction entre le recélé et le divertissement. En 1308, un arrêt du Parlement de Paris avait privé de sa part dans la communauté une femme qui avait commis un recélé; sur les biens non recelés, elle fut déclarée commune et, par conséquent, obligée aux dettes. C'était distinguer, en somme, entre « res celatas » et « res amotas ». Et Louis Hideux, qui veut absolument fonder sa distinction en droit, pense que l'arrêt a prévu deux peines, correspondant aux deux genres de délit. « La femme, écrit-il, in substractis (ce sont les divertissements) partem non habet; mais pour le recélé, elle est déchue seulement du droit de renoncer à la communauté. » Et Hideux, tout heureux de sa découverte, conclut qu'il « est très important de marquer la différence qu'il y a entre l'un et l'autre de ces délits ».

Il est surtout important de se défier de soi-même et des idées préconçues que l'on peut avoir. L'arrêt, en effet, n'a jamais distingué deux délits, pour lesquels il aurait prévu deux peines différentes. Il décide simplement que, sur les biens soustraits par elle, la femme perdra sa part; pour les autres, elle est tenue des obligations qui pèsent sur elle en tant que commune.

L'essai de définition systématique de Hideux pouvait donc être considéré comme ayant échoué.

Lebrun, disions-nous à la page précédente, n'a pas même tenté cette définition du recel. Il s'est contenté d'étudier les divers cas dans lesquels on peut dire qu'il y a recel. Ce procédé aurait pu néanmoins aboutir à d'intéressants résultats, mais à la condition d'être appliqué logiquement. Ainsi, très justement, Lebrun se demande si l'on ne peut point faire entrer dans la notion de recel quelques faits frauduleux, comme la simulation de dettes communes ou le rachat d'une rente avec les deniers communs, rachat suivi de la suppression de la quittance, pour éviter de payer la récompense due à la communauté.

S'il eût étudié ces deux faits en eux-mêmes, Lebrun aurait sans doute conclu qu'il n'y a pas entre eux et l'omission dans l'inventaire,

par exemple, de différence de nature, et qu'ils constituent également un recel.

Mais notre auteur, abandonnant son procédé descriptif, pose la question sous une autre forme et se demande si la peine du recélé est applicable au mari qui simule des dettes de communauté, dans une intention frauduleuse. Sur ce terrain, la notion extensive du fait incriminé ne devait pas triompher. Certes, Lebrun sent fort bien que les faits qu'il étudie ne sont pas innocents, mais, dit-il, « les peines dépendent des Ordonnances et des Arrêts », et, « comme nous n'avons rien sur cet article, il faut dire qu'il n'y aura que des dommages-intérêts ». On saisit là le point faible de son procédé, au reste assez étrange.

Cependant, Lebrun parvint à se rapprocher un peu plus de la notion moderne, dans le cas où une quittance de rachat de rente est détruite par le mari, qui veut supprimer le titre que la communauté aurait contre lui.

Et ici, l'élément moral reprend toute son importance. En principe, dit Lebrun — op. cit., loc. cit. n° 34 — « cette omission ne mérite pas la peine ordinaire des recelés; mais, que si un mari était déjà convaincu d'en avoir commis d'autres, en ce cas, selon la règle 8 du Droit Canon, il serait censé avoir fait cette omission dans un esprit de fraude, de premières fraudes étant de violentes présomptions dans un cas semblable, le tout procédant d'une même source ».

Dans l'état de la jurisprudence au 18^e siècle, on ne pouvait conclure autrement. Seulement, Lebrun, comme s'il avait été effrayé de sa hardiesse, se hâte de formuler cette réserve que, lors bien même que « le mari serait chargé de plusieurs recelés, il serait difficile de l'obliger à continuer la rente entière, parce qu'il n'y a rien de semblable dans la coutume, ni dans les arrêts, mais il serait juste de le condamner à quelques dommages-intérêts ».

Pouvons-nous dire que Lebrun a entrevu la structure juridique du recel? Il a évidemment poussé, plus loin qu'aucun autre avant lui, l'analyse des divers éléments qui constituent ce délit. Mais il l'a fait moins pour les soumettre à un examen attentif que pour répondre à quelques questions précises que la pratique journalière avait soulevées. Aussi, ses développements ne peuvent être considérés que comme une base de discussion pour les auteurs à venir, justement en raison des points nouveaux qui y sont traités. L'œuvre de Lebrun, en notre matière, n'est qu'une étape.

On peut considérer BOURJON comme en représentant une autre.

Et il est d'autant plus intéressant de le comparer à Lebrun qu'il a étudié également les deux cas d'extension possible de la notion de recel, qui avaient fait l'objet, chez Lebrun, des développements dont nous venons de parler.

Ces deux questions sont traitées dans son ouvrage « Droit Commun de la France », ch. 5, sect. 2 et 3, ch. 7, sect. 2.

Bourjon ne discute point l'hypothèse de la simulation de dettes de communauté par le mari. Il indique seulement sa préférence pour l'application des peines du recélé, au contraire de ce qu'avait fait Lebrun. Dans le cas où le mari a détruit la quittance qui constatait le rachat d'une rente avec des deniers communs, le raisonnement de Bourjon est le suivant : le remboursement, dit-il, a fait de la rente un conquêt de communauté; le mari qui détruit la quittance de remboursement commet le même acte que s'il divertissait un conquêt de communauté. Il doit donc être puni de la même manière.

Rappelons-nous Lebrun : la différence des méthodes éclate ici.

Bourjon est d'ailleurs assez dur pour Lebrun. Au chapitre 7, section 2, de l'ouvrage cité, il écrit que si le mari « recèle la quittance du remboursement par lui fait d'une rente qu'il devait avant son mariage, en ce cas, il doit continuer la totalité de la rente aux héritiers de la femme, moitié à cause de la communauté et l'autre à cause du recélé, celle-ci étant réellement devenue par le remboursement un conquêt de communauté ».

« Cependant, ajoute Bourjon, Le Brun dit qu'une telle omission ne mérite pas les peines du recélé, mais seulement des dommages-intérêts, si le mari était convaincu de l'avoir fait par fraude. Cela aurait bien des inconvénients et l'impunité rendrait un pareil acte bien fréquent. En un mot, c'est un vrai recélé d'un conquêt qui entraîne la peine d'icelui; je le pense ainsi, et l'indulgence de Le Brun est entièrement opposée à l'esprit de la jurisprudence et à celui de la coutume. »

Contre Lebrun, Bourjon invoque « l'esprit » de la coutume et de la jurisprudence qui s'est formée sur elle. L'avenir devait donner raison à Bourjon. Mais Lebrun était bien dans la tradition, quand il donnait les solutions timides que son contradicteur lui reproche.

Au reste, on peut sur certains points chercher querelle à Bourjon. C'est en ce qui touche à l'élément moral du recel. « Il est même certains recelés, écrit-il, qui sont regardés comme innocents, lorsque l'oubli, la négligence et non la mauvaise foi les ont occasionnés. » Une telle proposition, au 18^e siècle, était exacte en soi, puisque le

mot *recel* n'avait pas de sens technique. Mais Bourjon qui savait — il l'a montré — analyser une notion juridique, aurait dû penser que s'il pouvait être question de « *recel* », c'est précisément parce qu'il y avait à la base une intention de fraude.

Cependant, Bourjon avait fait un travail utile. Nous ne pouvons, en notre matière, en dire autant de POTHIER.

Celui-ci, comme Lebrun et Renusson avant lui, composa un volumineux « *Traité de la Communauté* ». Mais il ne consacre au divertissement que de brefs développements, — 4^e part. ch. 2, art. I § 3, n^o 688 — et cela vaut mieux.

Pour Pothier, le *recel* semble se ramener uniquement à une omission dans l'inventaire, et tous ses efforts vont être consacrés à l'étude de l'élément moral. « On appelle *recel*, écrit-il, l'omission malicieuse que le survivant a faite... dans la vue d'en (l. E. : de ces effets communs) dérober la connaissance aux héritiers du prédécédé et de les priver, par ce moyen, de la part qu'ils ont droit de prétendre, à titre de communauté dans lesdits effets ». « Les omissions qui se trouvent dans l'inventaire, ajoute-t-il, ne passent pour *recels*... que lorsqu'il y a lieu de les présumer malicieuses. »

Et Pothier précise que les omissions « sont surtout présumées n'être pas malicieuses lorsque le survivant, avant que personne se soit plaint des omissions, a ajouté à l'inventaire les effets ou les titres qu'il avait omis d'y comprendre. » Il est tout de même permis de se demander, malgré la haute autorité qui s'attache à ce qu'écrit Pothier, en quoi la restitution, même spontanée, des effets divertis, peut faire que l'intention qui a présidé à l'omission dans l'inventaire n'ait pas été frauduleuse.

Mais Pothier n'a pas fini de nous étonner. Il ajoute, en effet : « L'omission peut encore être présumée n'être pas malicieuse, soit par rapport à la modicité de l'objet, soit parce qu'il paraît, par les circonstances, que les choses ont pu échapper à la connaissance du survivant ». S'il « paraît, par les circonstances, que les choses ont pu échapper à la connaissance du survivant », non seulement « *on peut* », mais *on doit* présumer qu'il n'y avait point de sa part intention « malicieuse ». Quant à présumer que l'omission n'est pas malicieuse, « par rapport à la modicité de l'objet », c'est revenir aux subtiles distinctions de Claude de Ferrière, se demandant « quelle somme est nécessaire, ou de quelle valeur doivent être les choses recélées pour faire tomber l'héritier dans la peine de payer toutes les dettes », ou à la définition

de M. le Premier Président Guillaume de Lamoignon, en ses « Arrêts », touchant l'omission de quelque effet « considérable ».

Au risque de nous répéter, faisons remarquer encore combien il est difficile de mettre sur pied une notion juridique aussi délicate que celle du divertissement. Les auteurs les plus estimables, nous l'avons vu, se sont montrés à peu près incapables d'y parvenir : absence de terminologie précise, et, ce qui est plus grave, nul souci d'en créer une, confusion constante des éléments de fait et d'intention, telles sont les principales raisons qui empêchèrent les jurisconsultes de notre ancienne France d'aboutir.

Un juriste du 18^e siècle, cependant, parvint à donner une définition assez satisfaisante, au moins du point de vue formel.

BRILLON, dans son « Dictionnaire des Arrêts » — V^o Recelé — la pose ainsi : « ...ou la soustraction d'un effet, ou la réticence d'une vérité, ou la supposition d'un fait. »

Ces termes ont toute la précision désirable, et sont, en même temps suffisamment compréhensifs pour englober tous les faits que nous rassemblons sous la dénomination de recel, par exemple destruction d'une quittance de rachat de rente, ou simulation de dettes de communauté, obstacles sur lesquels, faute d'un solide fil conducteur, avait naguère buté Lebrun.

Mais Brillon est singulièrement bref sur la question. La définition qu'il donne est claire; elle pourrait être féconde; encore faudrait-il que son auteur en tirât toutes les conséquences, qu'il en fit l'application aux divers problèmes qui avaient été posés devant la jurisprudence, notamment à ceux qu'avaient étudiés Lebrun et Bourjon et que nous venons de rappeler. Brillon ne fit rien de tout cela et abandonna sa belle trouvaille aux travaux de la postérité.

La postérité, bien ingrate, oublia Brillon et son « Dictionnaire ». Lorsque MERLIN de Douai composa son célèbre « Répertoire », c'est à Pothier qu'il alla demander une définition du recel.

Il lui emprunta également ses dissertations sur l'intention « malicieuse », mais en y apportant une correction qui a son importance. Pothier, nous nous en souvenons, avait écrit : « L'omission peut encore être présumée n'être pas malicieuse, soit par rapport à la modicité de l'objet, soit parce qu'il paraît, par les circonstances, que les choses ont pu échapper à la connaissance du survivant. » La seconde raison est d'évidence; quant à la première, n'y revenons point. Merlin a repris ce passage de Pothier, en supprimant seulement les deux « soit ».

« L'omission, écrit-il, peut encore être présumée n'être pas malicieuse, par rapport à la modicité de l'objet, parce qu'il paraît, par les circonstances, que les choses ont pu échapper à la connaissance du survivant ». On comprend alors à merveille c'est parce que l'objet est modique que le survivant a pu, de très bonne foi, oublier de le comprendre dans l'inventaire.

L'effort de Merlin s'est d'ailleurs borné là.

En somme, que nous apportent les auteurs du 18^e siècle? Quelques précisions de détail. Mais, dans l'ensemble rien.

Les Commentateurs de Coutumes. — Un certain nombre d'entre eux ont apporté des idées nouvelles, dont l'étrangeté nous démontre, une fois de plus, la difficulté de donner du recel une notion claire et simple.

VALIN, qui commentait, dans la seconde moitié du 18^e siècle, la coutume de La Rochelle, est amené, à propos de questions de procédure — qui jouaient alors un grand rôle en notre matière — à faire une distinction très curieuse. Ce n'est par parce que l'on emploie la procédure civile, écrit-il, sous l'article 47 de la Coutume de La Rochelle, que l'on efface « l'idée de crime qu'emporte tout recélé formel ». Que signifie recélé « formel » ?

Valin s'explique par une citation empruntée à Cujas — Consult. XI — « Amotio (notre recel) delictum est, furto scilicet proximum; lenitas modo verbi tantum rei tristitiam mitigat. » Seulement, « amotio » a un sens précis, et que Valin n'ignore pas. C'est le détournement matériel, commis par les procédés mêmes qui servent à commettre un vol. « Amotio » ne pourrait pas se dire d'un recel par omission. C'est pourquoi Valin assimile à un « crime » — nous dirions aujourd'hui « délit » — le recélé qu'il nomme « formel »; ce recélé s'accomplit par les moyens qui servent à commettre le « crime » de vol. Valin n'oublie qu'une chose, mais qui est capitale : c'est l'intention de la personne coupable. Il est clair qu'elle est différente dans le vol et dans le recel, même opéré sous forme d'un détournement matériel.

Valin, hypnotisé par l'élément matériel du délit, va traiter ensuite deux importantes questions, en prenant pour seul critérium le caractère « formel », ou non, du recel.

Punira-t-on le recel commis pendant la durée de la communauté ? demande d'abord notre commentateur.

Et ensuite : punira-t-on le coupable qui restitue spontanément ce qu'il a recélé ?

La réponse aux deux questions est affirmative, s'il s'agit, non d'une « simple omission dans l'inventaire », mais d'un recélé « réel et effectif ».

Valin ne veut donc tenir aucun compte de la spontanéité dans la restitution, dès l'instant que le recel a été commis « par voie de fait » — lisons : par un détournement matériel — C'est-à-dire que, pour résoudre une question dans laquelle l'élément intentionnel est d'une importance primordiale, notre auteur n'a qu'un souci, à savoir les moyens qu'a employés le coupable pour commettre son acte. Et c'est d'après le choix de ces moyens que l'on décidera s'il faut punir, ou non, quelque spontanée qu'ait pu être la restitution. Nous pouvions dire que Valin a été hypnotisé par l'élément matériel du délit.

Cependant, Valin, dans la définition qu'il donne du recel, ne s'embarrasse point tant des distinctions fondées sur les procédés qui servent à le commettre. Il écrit, en effet : « (Le recel) se commet, ou en détournant et mettant à l'écart des effets de la communauté » — voilà le recélé réel et effectif — « ou, sans les détourner par voie de fait, en omettant de mauvaise foi... de les comprendre dans l'inventaire ou de les rapporter au partage. »

Valin condamne lui-même sa théorie. Puisque c'est par deux sortes de moyens que « le recel se commet », pourquoi se montrer plus sévère quand il est commis « par voie de fait ? » L'intention du coupable est la même, dans les deux cas.

Mais les questions d'intention sont délicates et subtiles. Les éléments matériels d'un délit sont, au contraire, choses facilement reconnaissables. D'où il suit que l'on rapprochera plus aisément le vol et le recel « par voie de fait » que ce dernier et le recel par omission.

Cette importance attachée au fait matériel, nous le retrouvons chez un autre commentateur de coutume, contemporain de Valin, MAILLART, qui écrivait sur l'usage d'Artois.

L'article 163, imitant en cela nombre de textes coutumiers qui ont cru bon d'accumuler les synonymes, emploie les verbes « recéler » et « transporter ».

En bon exégète, Maillart note l'emploi des deux mots. « Transporter », dit-il, est un terme général et imprécis en lui-même. Le « transport » d'une chose appropriée, par un étranger sans droit, est

un « vol »; fait par une personne ayant des droits, mêmes présomptifs, le transport devient « divertissement ».

Comme l'avait fait Hideux, l'annotateur de Lebrun, Maillart distingue le divertissement du recel. Mais, ce n'est pas dans une différence de sanction que Maillart va chercher la base de la distinction qu'il propose. Il procède a priori. « La femme recèle des biens de la succession, écrit-il, quand elle consume des biens qu'elle ne devrait pas consumer..., quand elle ne les délivre pas tous aux héritiers, quand elle ne les comprend pas tous en l'inventaire. » Le recel, dans l'idée de Maillart, suppose donc un acte commis sur des biens que le coupable a déjà en sa possession. Le divertissement suppose un état de fait contraire.

Quant à la déclaration frauduleuse de dettes communes, ce n'est, pour Maillart, ni un divertissement, ni un recel. Mais, il la punit de la même manière sous le nom d'« obreption ».

Recel, divertissement, obreption sont donc des cas particuliers du « transport » que prévoit la Coutume d'Artois.

Mais, semblable en cela à Valin, Maillart ne distingue entre ces délits que par les éléments matériels. Critère fort juste ici, où il ne s'agit plus d'apprécier le degré de nocuité d'un acte.

Pourquoi faut-il que notre auteur gâte ses intéressants développements par cette remarque, qu'il croyait sans doute fort judicieuse? « De quelque petite conséquence que soit le recélé, cette action fait soupçonner la veuve coupable de plus. » Cela n'a proprement aucun sens. N'en soyons point surpris : Maillart cite ses auteurs : « De sorte que c'est ici un des cas de la règle posée par Petrus Jacobi : Qui pêche en un point pêche en tout. » Règle tutélaire qui facilite en effet singulièrement la preuve des délits....

La faiblesse des commentateurs de textes coutumiers est la même, au fond, que celle des praticiens ou des auteurs doctrinaux. Faute de posséder une langue technique, faute d'avoir une méthode, ils étudient un phénomène juridique sans même avoir circonscrit l'objet de leurs recherches. La jurisprudence, faiblement charpentée, ne peut leur être d'aucun secours. Ils doivent tout tirer de leur propre fonds, ou piller leurs prédécesseurs, puisqu'ils n'ont pas, sur ce point, l'appui de la tradition romaine.

SECTION DEUXIÈME

LE FAUX SERMENT COMME ÉLÉMENT CONSTITUTIF

1°. — Du 13^e SIÈCLE AU 16^e

Il était naturel de vouloir prévenir ce que Beaumanoir avait dû réprimer tant bien que mal. Il était naturel aussi, en ces « siècles de foi », que l'on fit appel, pour tenir les délinquants en respect, au procédé séculaire, que toute législation connaît, lorsque le « Jus » et le « Fas » sont encore mêlés, au serment.

En quoi consistait ce serment, un arrêt rendu, en 1309, par le Parlement de Paris, nous l'apprend. « Olim »; t. III, I re part., n° 71.

Un certain Helyas de Orliaco et plusieurs cohéritiers viennent à la succession de Philippus Hermina. Helyas trouve, en face de lui, sa tante, la veuve de Philippe, Margareta de Attrabato. Il prétend qu'elle a commis des recelés. « Cum... questio verteretur super eo quod... tacuerat et celaverat quadringentas duo et nonaginta libras ; ...que bona omnia ipsa recelasse dicebatur, contra juramentum proprium, ab ea corporaliter prestitum, de bonis omnibus inter eam et dictum Philippum, sue mortis tempore communibus, ostendendis, nominandis et in inventario predictæ fideliter redigendis; proponebat eciam quod dicta Margareta expresse convenerat, seu consenserat, presente dicto magistro Helya et pluribus aliis fide dignis, se velle perdere bona omnia, tempore mortis dicti mariti sui communia, per eam non ostensa, seu non expressa, et per ipsam in dicto inventario non redacta, dictis magistro Helye et suis coheredibus applicanda... »

La veuve de Philippe avait donc promis sous serment, et devant des témoins dignes de foi, de faire un inventaire fidèle et exact. Et, à l'exemple du contractant antique, appelant sur lui-même la vengeance des Dieux, s'il n'exécute pas son obligation, elle avait déclaré par avance qu'elle abandonnerait aux héritiers de son mari tous les biens que, malgré son serment, elle n'aurait point fait figurer dans son inventaire. C'est là une promesse appuyée d'un serment sur un fait à venir.

Mais, vers la fin du 14^e siècle, nous voyons apparaître une autre forme de serment.

Boutillier nous la fait connaître, au livre II, titre 21, de sa « Somme Rural », à propos de la « manière de renoncer ».

La différence avec l'espèce jugée en 1309 apparaît donc immédiatement : en 1309, on avait imposé à la veuve acceptante une promesse appuyée d'un serment; ici, il s'agit, au contraire, de la femme renonçante.

« Elle doit jurer sur le Missel qu'elle fait cette renonciation sans fraude et que nuls biens meubles n'en a, mais les offre à dénoncer à son pouvoir aux hoirs du créditeur dudit défunt, son droit de douaire sauf. »

Il n'est plus question de la confection future d'un inventaire. Le serment n'est plus destiné à appuyer une promesse. Il porte sur un fait passé et son but est de renforcer le caractère de crédibilité d'une affirmation, relative précisément à ce fait passé.

II^e. — AU 16^e SIÈCLE

Les deux espèces de serment demeurent côte à côte. Promesse appuyée d'un serment, lorsqu'il s'agit d'un inventaire à faire par la femme qui accepte la communauté. Affirmation sous serment que tout s'est passé sans fraude, quand il s'agit d'une renonciation que fait la femme.

Dans le commentaire que CHASSANEUS écrit, en 1523, sur la coutume du Duché de Bourgogne, — Rub. IV, § 21 — il n'est question que de la promesse appuyée du serment : « Adde quod mulier tenetur cum juramento patefacere bona mariti defuncti haeredibus » « ...Patefacere », c'est-à-dire : faire connaître, par inventaire ou autrement.

Chassaneus ne précise pas s'il s'agit d'acceptation ou de renonciation. Mais, onze ans plus tard, la Coutume de Nivernais consacre la promesse appuyée de serment, même pour les cas de renonciation.

L'article 14 du chapitre 23, qui traite de la renonciation, décide : « La veuve demeure quitte des dettes de la communauté quand elle renonce... et fait serment solennel de mettre en évidence — c'est le « patefacere » de Chassaneus — les biens délaissés par son dit feu mari pour en faire inventaire ».

Même exigence pour l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire : Guy Coquille, « Institution au Droit Français », Bordeaux, 1703, t. II, p. 105.

Donc, dans tous les cas, on exige une promesse, appuyée d'un serment, d'agir sans fraude. Et le serment, qui semble n'avoir été, jusqu'alors, qu'un procédé empirique destiné à intimider les fraudeurs, va devenir, au 16^e siècle, un élément juridique et constitutif du délit de recel.

C'est ainsi que Guy Coquille explique — « Questions sur les Coutumes », n^o 119 — que l'inventaire infidèle donne lieu « à la double peine du « recèlement et parjure ». Peine prévue à la Coutume de Nivernais, XXIII, 15. Seulement, on aurait aimé avoir quelques précisions de Guy Coquille sur la peine du parjure : il n'a pas jugé à propos de le faire.

Nous savons d'ailleurs, par une autre source, que la peine du parjure existait indépendamment de celle du recélé. BOUCHEL, dans sa « Bibliothèque ou Trésor du Droit Français », V^o Communauté, écrit que cette peine pour parjure consistait en une amende envers le fisc, dont le montant était laissé « à l'arbitrage du juge ».

Quoique le serment fut devenu, au 16^e siècle, une manière de formalité nécessaire pour qu'il pût y avoir recel, il est certain que la jurisprudence n'a point vu en lui un élément constitutif de ce délit, au plein sens de l'expression. En effet, s'il en avait été ainsi, elle aurait décidé qu'il n'y aurait recel que s'il y avait eu préalablement prestation de serment. Or, elle admit souvent que la communauté serait considérée comme régulièrement dissoute, donc qu'il pourrait y avoir recel, lors bien même qu'aucun serment n'aurait été prêté.

C'est ce qui résulte de nombreuses décisions du Parlement de Paris, résumées par Bouchel — loc. cit. — du 9 mai 1538, du 23 mars 1550, du 7 janvier 1571, qui mentionnent expressément leur non exigence du « serment du recélé ».

Mais, le 5 mars 1574, le Parlement de Paris, revenant sur sa jurisprudence antérieure, décidait que la communauté continuerait — donc qu'il ne pourrait y avoir de recel, qui suppose essentiellement une dissolution — jusqu'à l'« affirmation du recélé ». Expression elliptique pour désigner le serment sur l'existence du recélé, mais le serment, qu'a connu Boutillier en matière de renonciation, celui que l'on prête pour affirmer solennellement un fait passé. D'ailleurs, c'est le mot « affirmation » qu'emploie le Parlement de Paris.

C'est également ce serment que l'on pratique maintenant en Bourgogne, ainsi qu'il ressort d'un arrêt de Dijon, rendu le 26 mai 1570 — Bouvot, Arr. 3^e part. V^o Femme.

La coutume de Normandie, enfin, exige la prestation de ce serment en cas de renonciation. « La femme peut renoncer à la succession de son mari... pourvu qu'elle ...n'ait pris ni conelé aucune chose des meubles, dont elle est tenue se purger par serment, faisant ladite renonciation », article 394, rédaction de 1582.

Le 16^e siècle a donc connu les deux espèces de serment : Le début du siècle, la promesse appuyée de serment; la seconde partie du siècle, le serment, puis simplement l'affirmation sur un fait passé.

L'existence de l'une ou l'autre de ces formalités était en principe nécessaire pour qu'il pût y avoir recel. En ce sens, le serment est un élément constitutif de ce délit.

III^e — AUX 17^e ET 18^e SIÈCLES

L'affirmation sur le fait passé était devenue, à la fin du 16^e siècle, une simple formalité. Elle va reprendre un rôle nouveau et s'intégrer en somme dans l'élément moral du délit. L'affirmation sera un moyen de constituer la femme en état de mauvaise foi.

Lorsque la femme promettait sous serment de faire bon et loyal inventaire, il était néanmoins possible que l'inventaire fût inexact, non par mauvaise foi, mais par suite de l'ignorance ou de la négligence de la femme.

Lors, au contraire, que la femme affirme, sous serment ou non, qu'elle n'a, en renonçant, rien gardé des biens communs, ses chances d'erreur sont beaucoup moins grandes. Et si, malgré les protestations des intéressés, elle persiste dans ses affirmations, elle sera mal venue à dire qu'elle n'a péché que par ignorance.

D'ailleurs, au 17^e siècle, il n'est plus question de serment. Bacquet, en son « Traité des Droits de Justice », XXI, 64, parle d' « affirmer judiciairement ». C'est encore l'expression qu'emploie BURIDAN, commentant l'article 274 de la Coutume de Reims. De même, au « Journal des Audiences », au sujet d'une affaire jugée par le Parlement de Paris, le 15 mai 1656 — à sa date.

Cependant, tout est flottant et imprécis dans notre domaine du recel.

Quoiqu'il puisse paraître que le serment a à peu près disparu, La PEYRERE nous apprend qu'il était encore exigé dans le ressort du

Parlement de Bordeaux et il cite en ce sens un arrêt « donné à Marmande », au mois d'août 1676, dans une affaire Dumirail. — « Décisions sommaires du Palais ». Lett. H, n° 3.

Il en est encore ainsi dans le Duché de Bourgogne, à en croire TAISAND, le commentateur de la coutume.

Mais, alors que, deux siècles auparavant, Chassaneus, sur le même texte — IV, 21 — décidait que la femme devait promettre sous serment de ne rien receler dans l'inventaire qu'elle ferait et de tout mettre en évidence — « patefacere » —, Taisand montre qu'il s'agit de l'affirmation d'un fait passé.

« La veuve, écrit-il, doit affirmer par serment qu'elle ne s'est pas immiscée dans les biens de la communauté, qu'elle n'en a rien distrait ou recélé, et requérir acte de la renonciation qu'elle fait touchant les mêmes biens ».

Dans le cours du 18^e siècle, on ne trouve, pour ainsi dire aucune trace de cette exigence du serment ou, au moins de l'affirmation judiciaire. Cela ne veut point dire que la femme n'était pas tenue de répondre aux interpellations qui pouvaient lui être faites, touchant les biens de la communauté dissoute. Mais cette affirmation est devenue une formalité qui s'ajoute à toutes les autres. On ne peut même pas la considérer, à moins de forcer le sens des mots, comme un élément constitutif du recel. Les raisons d'ordre social qui avait fait sa fortune au Moyen-Age n'existaient plus, lors de la Renaissance. A cette époque, cette institution du serment, qui, déjà, n'est qu'une survivance, se transforme, s'adapte peu à peu à une technique juridique plus subtile et plus savante. L'appel à la vengeance divine est devenue une simple exigence formelle, comme le « oui » que les époux doivent prononcer devant l'officier de l'état-civil.

SECTION TROISIÈME

LA PERSONNE PUNISSABLE

1°. — DU 13^e SIÈCLE AU 16^e

Lorsque l'on parle de recel ou de divertissement, on songe immédiatement à un acte coupable commis par une femme commune en biens.

A lire Beaumanoir, on voit, en effet, que nos tribunaux eurent d'abord à réprimer les agissements de la femme. — « Coutumes de Beauvoisis », éd. Salmon. Des Douaires, ch. XIII, n° 456.

Mais, bientôt après, une décision du Parlement de Paris nous apprend que l'on sévissait de la même manière contre le mari coupable. — « Olim », t. III, 2^e partie, n° 45, année 1313. Nous avons déjà étudié cet arrêt, dans les deux sections précédentes. Rappelons qu'il met en présence Huardus Hapart, « ex parte una » et les fils de Guérin Daufaut, héritiers d'Isabelle, « uxoris quondam dicti Huardi ».

Dès le 14^e siècle, on punit également la femme et le mari qui commettent des recélés à l'occasion de la dissolution de leur communauté.

Quand le bénéfice d'inventaire fait son apparition dans nos pays de droit écrit, on frappe l'héritier qui ne fait pas un inventaire fidèle. Nous l'avons vu dans Masuer (« Practica forensis », XXXII, 64). Mais il n'est point question de punir l'héritier en tant qu'héritier, quelle que soit la manière dont il a accepté la succession. On punit en somme l'héritier qui, par son inventaire infidèle, fait fraude aux créanciers héréditaires. On ne s'occupe point de l'héritier qui, par ses agissements, frustre de leurs droits successoraux ses co-héritiers.

II° — AU 16^e SIÈCLE

En matière successorale, il n'y a pas de changement.

La raison essentielle, c'est que les auteurs qui s'intéressent à ce domaine suivent étroitement la tradition romaine, à défaut de précédents dans notre très ancien droit.

Or, les auteurs romains ont envisagé surtout l'« expilatio haereditatis » en fonction du bénéfice d'abstention ou du bénéfice d'inventaire.

C'est encore dans cet esprit que CUVAS étudie ce qu'il nomme « amotio ».

Pour la première fois avec lui, sera traitée la question de savoir si la minorité du coupable est une cause d'excuse. — « Opera omnia », éd. 1658, t. I; consult. XI. — Cujas conduit son étude en jurisconsulte romain; il se demande en effet si l'« in integrum restitutio » peut être accordée à l'héritier mineur coupable d'« amotio ». Les termes mêmes du problème que se pose Cujas sont purement romains. Mais

la solution que donnera Cujas n'en aura pas moins une portée générale; les motifs qu'il invoque à l'appui de la solution qu'il préconise ont toute leur valeur, aussi bien en droit français qu'en droit romain. Le seul point sur lequel on puisse discuter est celui de savoir si vraiment le recel est un délit, comme l'affirme Cujas. Seulement, comme nous n'en savons encore rien aujourd'hui, nous aurions mauvaise grâce à reprocher à Cujas de n'avoir pas élucidé ce point délicat.

Cujas refusera l'« *in integrum restitutio* » en raison de la gravité de l'acte. « *Amotio delictum est, écrit-il en effet, furto scilicet proximum...* » Et il ajoute : « *In delictis autem neminem aetas excusat* ». La minorité n'est pas une excuse en matière de délit. Ce principe conserve toute sa valeur en Droit Français et les jurisconsultes postérieurs à Cujas ne manqueront jamais d'invoquer la haute autorité qui s'attache, à juste titre, aux œuvres de notre illustre romaniste pour justifier leur sévérité à l'égard du mineur coupable de recel.

Le 16^e siècle, enfin, a étendu la répression jusqu'à frapper l'héritier du coupable, décédé impuni. Un arrêt du Parlement de Paris, du 14 mai 1580, rapporté par Charondas — sur les articles 237 et 238 de la Coutume de Paris — appliquait, en effet, les pénalités du recel à l'héritier d'une femme « qui avait soustrait ».

III^e — AU 17^e SIÈCLE

Le domaine de la répression demeure aussi large qu'au siècle précédent. Cependant, sur ce terrain de la « personne punissable », comme sur celui du « fait incriminé », des hésitations se produisent et notre matière ne gagne rien en précision.

Fidèle à l'enseignement de Cujas, la jurisprudence parisienne frappe le mineur coupable de divertissement, sans avoir égard à son âge. Louet, en son « Recueil », lett. R., somm. I, 4^o, dit, d'une manière générale, que la minorité n'est point « considérable en matière de délit ». C'est, ajoute-t-il, « l'opinion de M. Cujas ». Dans un autre passage de son « Recueil » — lett. R, somm. 24 — il cite en ce sens un arrêt du Parlement de Paris du 21 mai 1605.

L'usage était le même en Normandie, si l'on en croit BASNAGE, depuis le Règlement de 1666, article 83. Même solution en Poitou — BOUCHEUL, sur l'article 252 de la Coutume, n^o 22 — « parce que le recélé est une espèce de délit et qu'en matière de délits on n'a point d'égard à la minorité ».

A la fin du 17^e siècle, la jurisprudence n'a pas varié : De Ferrière — « Compilation » sur l'article 342 de la Coutume de Paris.

Sur un autre point, les tribunaux semblaient être moins fermes. Punirait-on l'héritier coupable de divertissement ?

La question même peut surprendre. Masuer n'avait-il pas, au milieu du 15^e siècle, résolu le problème par l'affirmative ? En réalité, les discussions avaient porté principalement sur l'héritier bénéficiaire, mais l'on ne s'était pas préoccupé du cas où le divertissement était commis par un héritier simple à l'égard de ses co-héritiers.

C'est ce qui explique les hésitations qui se produisirent lorsque le cas fut soumis aux tribunaux.

Basnage s'est fait l'écho de la longue discussion que cette hypothèse souleva au Parlement de Normandie, en 1678. — Commentaire sur la Coutume de Normandie, article 394.

L'article 84 du Règlement de 1666, n'ayant traité qu'à la veuve, « il était incertain, écrit notre commentateur, si cette peine du recélé pouvait être étendue contre les héritiers et s'ils devaient être privés de leur part aux choses recélées. Cette question s'offrit en la Chambre de la Tournelle, entre François Le Porcher, Ecuyer, Sieur de Saint-Christophe, demandeur en preuve de soustraction, d'une part, François Le Porcher, Ecuyer, Sieur de Lange, son frère; Antonin du Hamel, Ecuyer, et demoiselle Françoise Le Porcher, sa femme, accusés d'avoir soustrait quantité d'or et d'argent provenant de la succession de la demoiselle Evri, leur mère.

« Le procès ayant été mis sur le bureau en la Chambre de la Tournelle, le 2 juin 1678, les juges se trouvèrent partis en opinions. M. Louvet, Rapporteur, était d'avis que les cohéritiers fussent privés de leur part aux choses recélées; M. Leroux d'Emerval, compartiteur, au contraire, était d'avis que les héritiers eussent part aux meubles qu'ils avaient enlevés, en les rapportant avec intérêts. Mais, avant que de procéder au jugement du partage, l'on fit un « Consulat » en la Grand'Chambre, pour savoir si, sur ce fait, il pouvait y avoir partage en la Tournelle, et si la question ne tombait pas sur l'article du Livre Rouge que « *mitior sententia sequenda est* »; étant en usage dans tous les Parlements de France qu'il n'y a point de partage en la Tournelle, et que, la disposition du Droit, « *in poenalibus causis, benignior sententia sequenda est* ». On répondait que la cause était plus civile que criminelle, qu'il ne s'agissait point de savoir « *an major sive minor sit poena* », mais seulement de priver ou de ne priver pas un cohéritier

de sa part aux choses recélées; que « *mitior sententia* » ne se pouvait entendre que quand, « *in poenalibus, humanitatis ratione* », on inclinait à de moindres peines; qu'en ce fait, l'on ne pouvait dire la même chose, puisque l'avis le moins rigoureux n'était pas fondé sur la commisération, mais sur des raisons purement civiles. Il passa à dire qu'il y avait partage, quoique quelques-uns soutinssent que, par l'ancien usage de la Tournelle, l'on n'admettait point de partage aux procès qui avaient été instruits criminellement.

« Pour la question principale, le fait était que Marie-Françoise Le Porcher, femme d'Antonin du Hamel, Sieur de Fontaine, avait été réservée à partage par la demoiselle Evri, sa mère. Durant la maladie de sa mère, conjointement avec François Le Porcher, elle avait pris 10 livres, d'une part, et 19 écus d'argent dans les poches de sa mère, et lorsque sa mère agonisait, elle avait fait découdre par une servante qui était auprès de la malade, le dossier du lit dans lequel sa mère avait serré son argent. Cette soustraction ayant été prouvée, M. le Rapporteur était d'avis de faire perdre aux accusés leur part aux choses soustraites et disait que la soustraction était un larcin qui devenait d'autant plus criminel en la personne d'un cohéritier qu'il avait plus de facilité à le commettre et à mettre la main à la chose; et c'est par cette raison que le vol domestique est puni plus rigoureusement, parce que toutes les portes étant ouvertes à un domestique et ayant en ses mains la disposition du bien de son maître, il est plus punissable lorsqu'il viole la fidélité que l'on attendait de lui. Si les soustractions demeuraient impunies, ce serait rendre les hommes plus hardis à les commettre, « *impunitatis spe fierent audaciores et spe lucri invitarentur ad peccandum* »...

« L'héritier ne peut déduire la Falcidie aux choses qu'il a soustraites — 1. Rescriptum, de his quibus ut indign. — Mais, pour la question dont il s'agit, on en trouve une décision formelle en la loi « *Paulus respondit* », 48, ad Senatusc. Trebel : « *Si quasdam res haereditarias haeres furatus est, in rebus quas substraxit, petitio ei denegatur* ».

« Que c'était aussi la jurisprudence du Parlement de Paris, comme on l'apprend de M. Louet, l. R, n. 48. M. le Compartiteur répondait que cette question avait été traitée et décidée diversement par plusieurs docteurs; que, du temps de M. Louet, elle était encore douteuse et indécise au Palais; qu'en France, on n'avait point suivi la disposition du droit écrit, mais celle du droit canonique, au chapitre « *suam ad nos, versiculo qui igitur, de poenis, apud Gregorium* ».

Et nos docteurs français ont pareillement suivi l'opinion des canonistes : Benedictus, sur le Canon de Rainutius, in v^o « si absque », n. 347, de testam. — Boerius, decis. 298 — Rebuffe, sur les Ordonnances, in proemio, gl. 6, n. 76.

« Il passa à l'avis de M. le Rapporteur que l'héritier, condamné par justice de rapporter les choses par lui soustraites, y perd sa part, laquelle accroît aux autres héritiers, par arrêt du 6 de juillet 1678. »

Si nous avons cru devoir citer cette longue discussion, c'est d'abord pour faire, en quelque sorte, toucher du doigt ce que nous avons souvent affirmé jusqu'ici : à savoir que les notions qui nous semblent les plus claires, celles dont l'analyse nous paraît le plus facile, ne se sont imposées que bien lentement et bien tardivement dans notre droit.

Pour demeurer sur notre terrain de la « personne punissable », il nous paraît évident de punir le recel de l'héritier comme nous punissons celui de la femme commune. Or, nous venons de voir que cela n'était pas évident du tout pour les Conseillers au Parlement de Normandie, puisqu'il y avait eu partage d'opinion entre eux.

Ce que cette discussion nous apprend encore, c'est la manière même d'envisager la question. Si l'on avait raisonné par analogie, une simple comparaison des éléments constitutifs du délit aurait certainement conduit à appliquer à l'héritier la même peine que celle qui frappait, depuis des siècles, le recel de la femme. Personne n'y songea. On fit appel aux précédents, tant romains que canoniques, on mit en avant des arguments d'ordre moral. On ne savait pas, à dire vrai, si l'on se trouvait sur le terrain civil ou sur le terrain pénal.

Nous comprenons fort bien, étant donné la méthode assez particulière qui avait cours, — à Paris comme à Rouen, — que les résultats ne pouvaient pas être très satisfaisants pour nous, modernes.

A Paris comme à Rouen, disions-nous.

Et en effet, la jurisprudence parisienne connaissait tout à coup les mêmes hésitations, quant à l'application au mari des peines du recélé, que celles qu'avait connues le Parlement de Normandie dans le domaine des successions.

Il n'y a pourtant aucune raison de traiter le mari coupable de divertissement autrement que la femme. Il nous semble que la question fasse moins doute encore que pour l'héritier.

Cela n'empêcha point que le problème fût posé de nouveau et discuté à fond, toujours avec les mêmes arguments. Le mari, disait-on,

supporte toutes les charges de la communauté. La femme bénéficie de cette institution sans y rien apporter par son travail. Une juste compensation de cette inégalité consiste à ne punir le recel que lorsqu'il est commis par la femme. On invoquait également les canonistes : Benedictus, sur le chapitre Rainutius, in v^o si absque, la jurisprudence du Parlement de Toulouse, la décision 298 de Boerius (Boyer), selon laquelle « Poena privationis a jure suo nunquam imponitur, nisi sit expressum in lege » — et cette peine n'était pas « expressa in lege » à l'égard du mari. Les adversaires se bornaient à citer une longue suite d'arrêts rendus contre le mari coupable par le Parlement de Paris. On objectait que cette jurisprudence n'était d'aucun poids, « les peines étant arbitraires au Royaume de France ». Ceux qui faisaient cette objection étaient les mêmes qui invoquaient, en faveur du mari, la décision de Boerius, selon laquelle la privation de part ne pouvait être imposée si elle n'était point « expressa in lege ».

Cette discussion, nous le voyons, n'est pas moins intéressante que celle dont le Parlement de Rouen avait été le théâtre.

D'ailleurs, elle n'aboutit pas : la jurisprudence antérieure fut maintenue. Arrêt du 1^{er} septembre 1681, rapporté au « Journal du Palais », t. II, p. 253.

En ce qui concerne les héritiers du coupable prédécédé, nous savons qu'ils étaient frappés des peines que l'on eût infligé à leur auteur, au moins depuis l'arrêt de 1580.

Le Parlement de Paris était devenu moins absolu, au 17^e siècle. L'arrêt précité de 1681 décidait simplement que l'action, engagée du vivant du coupable, passerait contre ses héritiers.

C'est également la doctrine de Eusèbe de LAURIERE, annotant le « Commentaire de la Coutume de Paris » par DUPLESSIS (t. I, liv. II, ch. 2, note h).

Contre cette théorie un peu timide, Boucheul invoquait la tradition et la jurisprudence de l'arrêt de 1580. — « Commentaire sur la Coutume de Poitou », article 252, 19.

« Quoique l'action n'ait pas même été intentée contre elle (la femme) de son vivant, affirmait Boucheul, si, dans la suite, on découvre les recelés, (l'action) est reçue contre les héritiers de la femme. »

Au reste, l'arrêt de 1580 n'était point demeuré isolé. Le « Recueil » de Louet et Brodeau (lett. R, somm. I, 4^o) démontre que la jurisprudence était en ce sens.

C'est tout d'abord un arrêt du Parlement de Paris, rendu le 12 août 1623. Le Grand Prévôt de France, Joachim de Bellengreville, avait épousé en premières noces Claude de Maricour. A la mort de celle-ci, il s'était rendu coupable de recelés importants. Par la suite, il épousait la Dame Marie de la Noue, puis il mourut. Aucune action n'avait été engagée contre lui pour les recelés qu'il avait commis lors de la dissolution de la communauté de Maricour. Ses héritiers n'en furent pas moins frappés des peines du divertissement.

Un autre arrêt du même siège, rendu le 8 septembre 1630, infirmant une sentence du « bailli de Saint-Marcel-lez-Paris », condamnait un sieur Guy Noël aux peines du recelé, comme héritier de sa sœur, Geneviève Noël, coupable de divertissement. Cette condamnation, fait remarquer BRODEAU, le frappait « en son propre et privé nom, nonobstant qu'il ne fût héritier que par bénéfice d'inventaire ».

Même doctrine dans un arrêt du 28 juin 1641, dans une affaire héritiers Fay contre héritiers de Mallerois.

Certes, l'arrêt précédemment étudié du 1^{er} septembre 1681 trahit une tendance différente. Mais remarquons qu'il ne dit point que l'action serait irrecevable si elle n'avait pas été intentée du vivant du coupable. Le Parlement se trouvait en face d'une action déjà commencée : il juge qu'elle sera continuée contre les héritiers du coupable. Et nous pourrions considérer cette question comme résolue, si cet arrêt tirait ses motifs de la jurisprudence antérieure. Mais ses rédacteurs sont allés chercher des arguments dans le domaine abstrait de la nature des actions. Ils ont dit : cette action passe contre les héritiers du coupable, quoiqu'elle soit pénale, parce qu'elle porte sur une peine pécuniaire et non corporelle. Ce considérant peut faire réfléchir sur la solidité de la jurisprudence inaugurée en 1580. Nous pouvons néanmoins affirmer qu'elle s'est maintenue intacte pendant toute la première partie du 17^e siècle.

Dans le domaine successoral, que nous avons déjà exploré en partie, les Parlements rendent quelques décisions surprenantes.

Nous savons qu'à Rouen on avait longuement débattu la question de savoir si l'héritier coupable de recel serait puni comme le serait un époux commun en biens. Cela n'empêchait par le Parlement de Normandie de décider, sans hésiter, que le légataire coupable de recel serait puni des mêmes peines, alors qu'en pareil cas, le doute pourrait s'expliquer.

Malgré tous les heurts et les chaos, le 17^e siècle présente une cer-

taine unité sur le point suivant : le domaine de la répression s'étend, non quant au fait incriminé — nous l'avons vu — mais quant à la personne punissable.

C'est l'époque où l'on va frapper les personnes qui ont aidé à commettre le recel, ou, pour les désigner par le mot usuel du droit pénal, les complices.

La complicité était soulignée, mais sans que le mot fût écrit ou qu'une sanction fût édictée, dans un arrêt du Parlement de Paris du 15 mai 1656. — « Journal des Audiences », à sa date.

Puis, le Parlement de Paris en vint à frapper les complices en tant que tels.

Un arrêt rendu le 19 avril 1698, sur les conclusions de d'Aguesseau — « Journal des Audiences », t. IV, liv. 13, ch. 4 — dans l'affaire de Lauzun, punissait la complicité. Mais, adoptant la manière de voir de d'Aguesseau, il distinguait selon que les complices « avaient intérêt » et « avaient pris des effets à leur profit particulier » ou « n'avaient fait qu'exécuter les ordres de la veuve ou du mari, n'avaient de rien profité et n'en étaient accusés ».

Le Parlement de Normandie avait même précédé les juges parisiens dans la répression de la complicité : arrêt du 30 octobre 1636, rapporté par Basnage, sur l'article 394 de la Coutume.

La doctrine considérait également comme allant de soi la punition des complices : Renusson — « Traité de la Communauté », 2^e part., ch. 2, n^o 18.

Nous pouvons conclure que le 17^e siècle a étendu, dans des proportions jusque-là insoupçonnées, le domaine de la répression, en ce qui concerne la personne punissable.

Mais, fait digne de remarque, cette extension s'est surtout produite dans des hypothèses où il aurait été permis d'hésiter; et, à l'inverse, nous avons constaté d'étranges hésitations sur des points depuis longtemps tranchés.

IV^e — AU 18^e SIÈCLE

Un arrêt, isolé semble-t-il, a étendu encore le champ de la répression. Jusque-là, il était admis qu'il ne pouvait être question de recel que dans certaines indivisions prévues par la loi, communauté, succession, société.

Mais le Parlement de Paris considéra, en dehors de toute commu-

nauté légale, que la concubine pouvait tomber sous le coup des peines du recélé lors, au moins, qu'elle était devenue épouse légitime de celui au préjudice duquel elle avait commis ses recelés. — Du 7 décembre 1715, « Journal des Audiences », à sa date.

En ce qui concerne le mari, les discussions se poursuivent.

Bourjon, répondant à ceux qui soutenaient que le mari n'était point punissable, écrivait que cette opinion « n'a aucun fondement en droit ou en raison ». — « Droit commun de la France », ch. 7, sect. 2.

Dans son « Répertoire » — v^o Recélé — GUYOT, moins absolu, fait une distinction. En principe, dit-il, « les héritiers de la femme qui renoncent à la communauté ne sont pas fondés à se plaindre des recelés qu'a pu faire le mari, attendu que cela ne les intéresse pas ». Mais si les héritiers n'ont fait cette renonciation que parce que « les recelés du mari ont empêché qu'ils ne connussent la valeur de (la) communauté, ils peuvent, en prenant des lettres de rescision contre leur renonciation, être admis à prouver ces recelés et, après avoir, en conséquence, fait entériner leurs lettres, être reçus à accepter la communauté et à faire prononcer la peine du recélé contre le mari ».

Dans le domaine des successions, on ne discute plus la question de savoir si l'héritier peut être frappé en tant qu'héritier. Mais on se demande si l'héritier présomptif est punissable.

Une bonne définition, ou même une médiocre définition du recel eût constitué la meilleure réponse à cette question. Il eût même suffi de citer Louet qui, au 18^e siècle, n'était point tombé dans l'oubli. A son « Recueil » — lett. C., somm. 36 — nous lisons ceci : « Autre chose est si le larcin a été commis par le présomptif héritier du vivant de celui de cujus successionem agitur, quo casu datur adversus eum furti actio; quia, non tanquam haeres fecit (nondum enim haeres erat) suivant la décision de la loi et puto, 16, par. sed et si dolo, fam. erisc. »

En effet, puisqu'il y a héritier présomptif, il n'y a pas encore succession et le recel ne peut exister que si une succession est ouverte.

Cette idée, pour simple qu'elle nous paraisse, n'était pas encore dans le domaine public du droit, au 18^e siècle, et cette question fut la cause d'un important débat au Parlement de Bretagne.

L'espèce était la suivante : des enfants avaient détourné des biens appartenant à leur mère, du vivant de celle-ci et en fraude de ses créanciers. L'un de ces derniers fit la preuve du détournement et conclut à ce que fussent tenus vis-à-vis de lui des dettes de la femme « ceux qui, par anticipation, se sont rendus héritiers de leur mère, en détour-

nant furtivement ses meubles et ses effets en fraude de ses créanciers ». Il ajoutait que les enfants « sont d'autant plus tenus que la fraude qui se commet entre la personne vivante et son présomptif héritier est beaucoup plus difficile que lorsque la succession est ouverte ».

Les enfants coupables de détournement répondaient que, leur mère étant vivante, il ne pouvait être question d'acceptation même anticipée de sa succession.

Mais le Présidial de Nantes ne s'embarrassa pas de ces distinctions et les condamna à payer la dette de leur mère au créancier poursuivant. Cette sentence fut confirmée par le Parlement de Rennes : arrêt du 5 août 1737, rapporté au « Journal du Parlement de Bretagne », à sa date.

On continuait, comme au siècle précédent, à considérer le légataire comme punissable : Brillon, « Dictionnaire des Arrêts », v^o Recélé; Denisart, « Répertoire », eod v^o.

Il en était de même de l'associé.

Même solution également pour les complices : Parlement de Paris, 26 février 1707; Renusson, loc. cit. add. ch. 2, n^o 8.

Punirait-on les héritiers du coupable prédécédé? Les précédents étaient très clairs. Cependant, sur ce point, on hésita.

Si Lebrun affirme que « l'action rerum amotarum se poursuit contre les héritiers » dans le cas où l'on n'a découvert les recelés « qu'après la mort du survivant qui les a commis : « Traité de la Communauté », liv. III, ch. 2, sect. 2, dist. 2, n^o 34, d'autres auteurs font des réserves.

Ainsi, Guy du ROUSSEAU DE LACOMBE distingue entre la transmission active de l'action et sa transmission passive. En principe, l'action passe aux héritiers, non contre les héritiers, à moins qu'elle n'ait déjà été intentée du vivant du coupable. — « Recueil de Jurisprudence », v^o Recélé, n^o 8. — L'action serait également donnée contre l'héritier du coupable, selon Rousseau de Lacombe, s'il avait profité de la chose divertie. — id., ibid.

C'était revenir à peu près à la doctrine que soutenait Eusèbe de Laurière, conformément à l'arrêt du Parlement de Paris du 1^{er} septembre 1681.

Le 18^e siècle demeurerait plus fidèle à la jurisprudence antérieure en ce qui touche la minorité.

Il considéra, d'une manière générale, que la minorité n'est pas une

cause d'excuse en matière de recel : « Répertoire » de Guyot, précité, v^o Recélé; « Collection de Décisions nouvelles » de Denisart, eod v^o.

DENISART, cependant, nous apprend que « l'on a entrepris de réfuter cette opinion ». Il ne dit pas dans quel ouvrage.

Valin, le commentateur de la Coutume de La Rochelle, dont nous connaissons les idées parfois assez étranges, écrit, sur l'article 47 de cette Coutume : « Le recélé est une façon de s'immiscer frauduleuse qui, par conséquent, ne reçoit point d'excuse, pas plus de la part de la veuve mineure que de celle qui est majeure. La raison est que c'est un délit et que, *in delictis, minori non juvatur*. » Principe certain. Mais, aussitôt, Valin ajoute cette réserve : « Quoique la veuve mineure, en s'immisçant inconsidérément ou en acceptant formellement la communauté, soit restituable sans difficulté contre son acceptation, il en est autrement lorsqu'elle a commis des recelés, pourvu, néanmoins, que ce soient des effets de quelque conséquence, eu égard à sa condition ou à l'état de la communauté et que le dessein de fraude soit évident. »

La veuve peut donc échapper à l'acceptation forcée, qui est une des pénalités du recel, dès lors que les effets divertis sont de « petite conséquence ». Nous voici ramenés au calcul sur les tabatières, si cher à Claude de Ferrière et à M. Auzanet.

CHAPITRE SECOND

LA SANCTION

SECTION PREMIÈRE

PROCÉDURE

I° — AU 16^e SIÈCLE

Il n'y a pas encore de règle générale. Les arrêts donnent des solutions très différentes selon que la personne punissable est la femme ou le mari, et, si c'est la femme, suivant que le recel a précédé ou suivi sa renonciation à la communauté, selon que la poursuite est engagée à la requête des enfants de l'époux prédécédé, de leur mère ou de leur belle-mère, ou encore suivant que les demandeurs sont les héritiers du prémourant ou seulement ses créanciers.

D'ailleurs, même pour un cas donné, les Parlements jugent de manière diverse et la jurisprudence, pour toutes ces raisons, nous apparaît assez chaotique.

Essayons d'y mettre un peu d'ordre.

Le Parlement de Bourgogne suivait de près les lois romaines. — « Arrêts du Parlement de Bourgogne », rapportés par Bouvot, t. I, 3^e part., v^o Femme. — « *Adversus uxorem quae socia rei humanae ac divinae domus suscipitur* — 1.4, C. de crim. expil. haered. — *mariti diem suum functi successores expilatae haereditatis crimen intendere non possunt ; nam, ut Gaius scribit, lib. ad ed. praet., tit. de re jud. 1.2, ff rer. am in honorem matrimonii bene transacti turpis actio adversus uxorem negatur, unde et veteribus placuit si quid jurgii inter virum et uxorem intercessisset, id non apud iudices, sed privatim inter se ipsimet loq. dirimerent. In l. I ff ed. tit. Cum ea furti agere non posse Paulus ait, quia societas vitae quodammodo dominam facit, sed solum modo licet experiri cum ea actione rerum amotarum.* »

On invoque l'honneur du mariage et la situation de la femme pour

lui éviter une action « turpis », en l'espèce la procédure extraordinaire.

Mais Bouvot signale une exception : « ...nisi noverca fuerat filii prioris matrimonii, quia, eo casu, furti cum ea agere posse Imperatores voluerunt, in l. de His, Cod. de furt. ».

On n'avait point les mêmes égards pour la belle-mère et le Parlement de Dijon jugeait formellement en ce sens, par arrêt du 3 février 1582.

Le Parlement de Dijon consacrait également la règle romaine selon laquelle la « turpis actio » n'était point donnée contre la femme : arrêt du 26 mars 1588.

Au Parlement de Bordeaux, on distinguait entre les poursuivants. BECHET, commentant l'art. 33 de l'Usance de Saintes, « met différence entre les héritiers et les créanciers du mari, dont l'un, étant obligé à quelque devoir d'honneur envers la veuve, ne peut pas agir aussi criminellement contre elle, oui bien le créancier, parce qu'il est considéré comme un étranger; en sorte qu'à son égard, la veuve commet une espèce de larcin ». Un arrêt en jugeait de la sorte, le 9 juillet 1592.

Boucheul, qui rapporte cette jurisprudence et son interprétation par Béchet, dans son « Commentaire de la Coutume de Poitou », sur l'article 252, n'est pas si affirmatif que ce dernier sur le caractère de larcin que commet la veuve à l'égard du créancier du mari, alors que son acte ne mériterait pas cette qualification à l'égard des héritiers. — Loc. cit n^{os} 24 et 25.

D'ailleurs, le Parlement de Paris n'admettait pas du tout cette distinction et ne permettait pas plus au créancier qu'à l'héritier d'agir criminellement contre la veuve. La raison est toujours la même : l'honneur du mariage, pour reprendre la vieille expression romaine. C'est ainsi que le Parlement cassait, par arrêt du 19 février 1600, une procédure criminelle engagée par des créanciers de communauté contre une veuve coupable de recel. L'arrêt fut rendu sur le rapport de Louet et celui-ci en a donné une analyse dans son « Recueil », lett. C, somm. 36. Cette jurisprudence était même plus ancienne à Paris. A l'époque précise où le Parlement de Bordeaux « mettait différence », pour parler comme Boucheul, entre le créancier et l'héritier quant à la procédure à employer, le Parlement de Paris décidait déjà qu'il n'y avait point lieu d'agir criminellement contre la veuve : arrêt du 20 juillet 1592, rapporté par Bacquet. — « Traité des Droits de Justice », XXI, 64.

Mais une autre distinction, très importante par ses conséquences du point de vue de la procédure, avait cours au Parlement de Paris.

On faisait une différence entre la femme qui avait commis son recel avant de renoncer à la communauté et celle qui avait d'abord fait sa renonciation.

À dire vrai, en bonne logique juridique, on ne peut pas soutenir, à moins de forcer le sens des mots, que la femme qui commence par renoncer commet un véritable recel : c'est plutôt de vol qu'il devrait être question, puisque, par sa renonciation préalable, la femme est devenue étrangère à la communauté.

Il ne semble pas que le Parlement de Paris ait songé à tirer cette conséquence, pourtant si simple, de la notion de recel.

Louet, qui rapporte sur ce point la jurisprudence de la fin du 16^e siècle, indique que la base de cette distinction a été trouvée dans le Droit Romain. — Op. cit., lett. R, somm. I, par. 5.

Le Recelé que commet la femme postérieurement à sa renonciation, explique-t-il, ne la rend pas commune. En conséquence, elle peut être poursuivie extraordinairement, « à l'exemple de l'héritier qui, postquam se abstinuit, amovit; quia, enim, id non tanquam haeres, sed ut extraneus fecit, furti actione creditoribus haereditariis tenetur ».

Remarquons que les Romains ont fait, dans ce texte, le raisonnement si simple que nous présentions tout à l'heure comme une conséquence de l'idée de recel. Le Parlement de Paris a adopté les vues romaines, sans songer un seul instant qu'il en pouvait tirer une règle générale pour tous les cas.

La distinction que les juges parisiens avaient trouvée au Code fut consacrée par un arrêt du 27 octobre 1595, rapporté au « Recueil » précité de Louet, lett. R., somm. I, par. 1.

II^e — Au 17^e SIÈCLE

À Paris, la distinction suivant l'époque de la renonciation par rapport à celle du recelé est toujours en faveur, tant dans le domaine successoral que dans le domaine matrimonial, où nous l'avions trouvée tout d'abord.

Sur ce point encore, c'est le « Recueil » de Louet qui nous sert de guide.

L'héritier qui a renoncé avant que de commettre son délit étant considéré comme étranger, la procédure extraordinaire s'applique

contre lui. Le Digeste est formel sur ce point. — « *furti actione creditorib. tenetur* », l. 70, par. fin. ff de acquir, vel. omitt. haered. — Au cas contraire, on ne peut agir que par la procédure civile. C'est ainsi que, par arrêt du 27 novembre 1604, le Parlement cassait « la procédure criminelle faite devant le Lieutenant Criminel de Crépy-en-Valois à la requête de Pierre de la Mare contre un sien cohéritier, lequel il soutenait avoir détourné le meilleur de la succession ».

En ce qui concerne la veuve, la distinction suivant l'époque à laquelle le recel avait été commis ne semble pas avoir eu cours d'une manière ferme au début du 17^e siècle, comme pour l'héritier.

On avait tendance à « civiliser » la procédure, « *ob honorem matrimonii* ». Louet — loc. cit. — indique en ce sens quelques arrêts : Paris, 19 avril 1606 (1616 selon Boucheul, sur Poitou, art. 252; Paris, 25 juin 1625; Dijon, 7 janvier 1619; Dijon, 25 septembre 1620; Rouen, 30 octobre 1630. — Basnage, sur Normandie, article 394, et Brodeau, « Recueil » de Louet, add. sur lett. C., somm. 36.

Les considérations morales l'emportaient donc sur les arguments juridiques.

L'HOMMEAU, dans ses « Maximes », III, 154, ouvrage qui date de 1614, résumait ainsi le droit coutumier sur ce point : « L'on ne peut procéder criminellement contre la veuve qui a pris et soustrait des meubles de la communauté, mais par action civile. »

Vers le milieu du 17^e siècle, il semble que la jurisprudence doive en revenir au système de l'arrêt de 1595 et consacrer la doctrine de la distinction suivant l'époque du recel.

En effet, le 15 mai 1656, le Parlement de Paris rejetait un appel formé, contre la procédure criminelle suivie contre elle, par la demoiselle Geneviève Desnoyers, veuve du sieur Gaspard Cocquet. — « Journal des Audiences », t. 1^{er}, liv. 8, ch. 37.

A Toulouse, cependant, on estimait « que la voie d'information ne peut être reçue contre une veuve pour de prétendus recelés et divertissements des effets de la succession de son mari ». Arrêt du 15 janvier 1672, rapporté par Brodeau, au « Recueil » de Louet, add. lett. C, somm. 36 et lett. R, somm. 48 — et au « Journal du Palais » du 4 août 1672, part. 1^{re}, quest. 2.

A l'inverse, un arrêt du 8 mai 1676, « donné en la Tournelle », et rapporté par JOVET — « Jurisprudence du Palais », p. 444 — maintenait « les procédures criminelles faites contre Madame la Maréchale d'Aumont ».

Etait-ce parce que Madame la Maréchale avait commis son délit après avoir renoncé à la communauté? Pas du tout. « Le particulier de cet arrêt, qui est unique, souligne Jovet, est que le recélé dont les enfants de M. le Maréchal se plaignaient contre la Dame, leur mère, montait à plus d'un million, ce qui fut le motif de la Cour. »

Cet arrêt peut être « unique », comme le dit Jovet; il n'en est pas moins l'indice d'une tendance assez fâcheuse de la jurisprudence parisienne de la fin du 17^e siècle. On en venait à ajouter aux peines prévues celle consistant à appliquer la procédure criminelle, si justement redoutée, lorsque le délit paraissait considérable.

En fait, c'était peut-être là une excellente solution : la crainte de la procédure extraordinaire pouvait retenir une femme sur la pente. Mais, juridiquement, cela fait songer aux dissertations de Claude de Ferrière ou de M. le Premier Président de Lamoignon, que nous avons eu l'occasion d'apprécier dans notre étude du « Fait incriminé ».

La jurisprudence du Grand Siècle, si décevante pour nous, présente encore une particularité en matière procédurale : elle consiste dans le système dit de la « prévention ». Le mot est suffisamment clair par lui-même. La juridiction saisie la première demeurait compétente. C'est ainsi que le Parlement de Normandie décidait, dans un arrêt du 15 juillet 1678, de renvoyer les parties devant la juridiction civile, « où l'affaire avait commencé ». — Rapporté par Brillou, « Dictionnaire des Arrêts », v^o Recélé.

Les pays de Droit écrit suivaient avec constance la jurisprudence romaine et maintenaient la procédure civile, comme nous l'avons vu à Toulouse, « ob honorem matrimonii » : Aix, 21 février 1687. — « Arrêts » de BONIFACE, à sa date.

Et même certains Parlements du nord de la France hésitaient entre deux tendances. PERRIER, un arrêliste Bourguignon, nous rapporte l'espèce suivante, dans ses « Arrêts du Parlement de Dijon », t. II, p. 285 : « Thomassin de Givry, héritier universel de son père, se plaignit qu'après la mort du testateur, on avait pris dans une armoire 300 livres; il en fait informer; décret d'ajournement personnel contre la fille; elle demanda la civilisation; elle en fut déboutée par le Lieutenant Criminel de Châlons. Appel : la Cour réforma, civilisa la cause et renvoya les parties par devant autre juge que celui dont il était appel, par arrêt rendu à l'audience de la Tournelle, le 7 juin 1687. » Perrier ne dit pas quels avaient été les motifs du Lieutenant Criminel.

Quant à la Cour, elle avait fondé sa décision sur le fragment « merito », ff Pro socio.

Cette tendance des premiers juges à appliquer la procédure criminelle apparaît encore dans une affaire jugée à Dijon, et où le Parlement, comme dans l'espèce de 1687, cassa la procédure extraordinaire et convertit l'information en enquête : 19 janvier 1692, loc. cit.

A Paris, on continuait à hésiter. Quoique le fameux arrêt d'Aumont eût été qualifié d' « unique » par l'arrêtiste Jovet, il faisait jurisprudence. D'autre part, la distinction suivant l'époque à laquelle le recel avait été commis par rapport à la renonciation, était de nouveau observée. Cela résulte, en particulier, d'un arrêt rendu le 29 avril 1689, rapporté au « Répertoire » de Guyot, v^o Recélé. Dans cette espèce, la renonciation avait été faite valablement avant que le recel fût commis; on procéda criminellement contre la femme.

On finissait par tellement perdre de vue les raisons qui avaient fait maintenir la procédure civile en matière de divertissement que l'on songeait encore à l'appliquer même en matière de complicité.

C'est d'Aguesseau qui tenta de faire admettre ce principe, lors des conclusions qu'il prit dans l'affaire de Lauzun. 19 avril 1698. — « Journal des Audiences », t. IV, liv. 13, ch. 4. — Il voulait que l'on distinguât selon que les complices « avaient intérêt » et « avaient pris des effets à leur profit particulier » ou qu'ils « n'avaient fait qu'exécuter les ordres de la veuve ou du mari, n'avaient de rien profité et n'en étaient accusés ».

Dans le premier cas, on eût appliqué la procédure criminelle, dans le second, la procédure civile. Et d'Aguesseau concluait que, dans la première hypothèse, comme on ne pouvait instruire un même fait en deux sièges, la procédure criminelle contre les complices « attirait la civile » contre la veuve.

Le principe même de la distinction est fragile. C'est d'une simple question de fait — le profit tiré par les complices — que d'Aguesseau veut faire dépendre la compétence de telle ou telle juridiction. D'autre part, la conséquence de l'application de la procédure criminelle aux complices est bien hasardeuse. Pourquoi, en effet, la procédure suivie contre les complices « attire » celle suivie contre l'auteur principal? Est-ce parce que le droit commun, en cette matière, serait la procédure extraordinaire? Peut-être, mais cela aurait dû être dit.

Et, du reste, de nombreux auteurs considéraient que seule la procédure civile devait être employée contre la femme. Renusson — loc.

cit., n° 14 — pensait même que « cela est reçu parmi nous avec encore plus de raison qu'en Droit Romain, parce que, par notre Droit Français, il y a communauté de biens entre les conjoints par mariage; la femme a quelque droit sur les biens de la communauté... puisqu'elle a la faculté de l'accepter ». De plus, les héritiers du mari doivent avoir « mémoire de celui auquel ils (succèdent) »; il ne faut donc pas qu'ils puissent « faire injure à sa veuve par une poursuite criminelle et extraordinaire ».

III° — AU 18° SIÈCLE

Quoiqu'en ait pu dire Renusson, la jurisprudence du Parlement de Paris abandonnait de plus en plus la procédure civile. Les raisons que l'on donnait alors ne présentent pour nous qu'un intérêt historique, car leur valeur juridique est assez contestable. On dit que « les preuves pourraient dépérir par les délais de l'assignation et de la procédure civile ». On dit également que, « quoique l'on n'ait accusé que la veuve, il se peut trouver des complices qui aient recélé pour leur compte, auquel cas on les poursuit criminellement, et, en même temps, la veuve, le crime ne pouvant être divisé ».

Ces motifs, qui figurent dans un arrêt du Parlement de Paris du 26 février 1707, cité par Valin, sur l'art. 47 de la Coutume de La Rochelle, ne méritent vraiment point d'être discutés.

L'annotateur de Renusson, qui l'enregistre — op. cit., 2° part., add. au ch. 2; n° 8 — dut avoir un mouvement de surprise en constatant la fermeté avec laquelle l'auteur du « Traité de la Communauté » avait écrit — loc. cit., n° 14 — que la procédure civile doit être appliquée, non seulement pour les raisons que l'on avait tirées du Droit Romain, mais encore pour des motifs puisés dans les principes de notre droit, en particulier l'existence d'une communauté de biens. Il se borna sagement à observer, « à l'égard de la procédure qu'on peut suivre contre la femme coupable de recélé, que l'usage a changé et que la jurisprudence présente est, qu'encore que la femme ou la veuve soit désignée dans la plainte, soit que le recélé ait été commis avant ou après sa renonciation, ou sans renonciation, dans les pays et dans les cas où il n'y a point eu de communauté entre le mari et la femme, soit que l'action soit intentée par le mari contre sa femme ou par les créanciers ou héritiers contre la veuve, la procédure extraordinaire est autorisée... »

A en croire l'annotateur de Renusson, le 18^e siècle, à ses débuts, ignore toutes les distinctions de l'époque précédente et ne connaît, dans tous les cas, contre la femme qu'une procédure : la procédure criminelle.

Les Parlements de province, au moins dans le Nord, suivent ce mouvement et appliquent la procédure extraordinaire toutes les fois que l'affaire leur paraît grave. Metz, 12 juillet 1708. Augeard, t. II, p. 545.

Le Parlement de Paris eut bientôt l'occasion de confirmer et même d'accentuer ses tendances répressives. On poursuivait, dans l'espèce, les complices d'une femme qui était morte avant que l'action fût engagée contre elle. Le recel avait été commis par elle, alors qu'elle était encore la maîtresse de celui qu'elle devait épouser. L'avocat général déclarait que si la femme avait vécu, elle eût été poursuivie au criminel.

Les deux raisons qu'il donne sont de la même valeur que celles de l'arrêt de 1707. La première est tirée de l'« indignité » de la femme. La seconde, qui rappelle l'arrêt d'Aumont, est qu'il y avait eu une « déprédation énorme ».

Ce dernier argument devait avoir en lui une vertu cachée, car nous le retrouvons, mot pour mot, dans le « Répertoire » de Guyot, et dans le Commentaire de ROUYER, sur la Coutume du Bourbonnais, article 346. Merlin, de Douai, qui devait avoir ses raisons pour cela, avait substitué, dans son « Répertoire », v^o Recélé, le mot « dégradation » au mot « déprédation ».

Mais ce courant puissant se heurta vainement à la tradition romaine, demeurée vivace aux pays de Droit écrit.

Le Parlement de Toulouse, qui avait le Droit Romain, disait-on, « in scrinio pectoris », maintenait la jurisprudence de 1672.

Au Parlement de Bordeaux, il était attesté, en 1702, « que l'on ne peut jamais être recevable à prendre la voie extraordinaire contre une veuve pour raison de recelés, soustractions ou omissions qu'elle peut faire des meubles et effets de la succession de son mari; que si les héritiers ou créanciers dudit mari informent contre la veuve pour raison de ce, l'information ne peut et ne doit être regardée qu'aux fins civiles, sans qu'il soit permis d'instruire contre la veuve sur ladite information par la voie extraordinaire ». — Rapporté par SALVIAT, « Jurisprudence du Parlement de Bordeaux », v^o Recélé.

Cette décision se fonde uniquement sur le Droit Romain, lois 1 et

2, au Digeste, de act. rer. amov. et loi 4, au Code, de crim. expil. haered.

Le Parlement de Bordeaux allait encore plus loin. Il « prohibait l'action criminelle au gendre contre son beau-père et sa belle-mère. Un particulier de Saintonge ayant porté plainte, après la mort de sa femme, contre son beau-père, sa belle-mère, sa belle-sœur et un valet, en expillation (sic) de meubles, intervint arrêt, en 1728, qui convertit les informations en enquêtes, sauf aux parties à se pouvoir au civil. Si le valet et la belle-sœur avaient été seuls accusés, il y a lieu de croire qu'ils auraient été poursuivis criminellement ».

On voit qu'à Bordeaux, contrairement à ce qui se passait à Paris, c'était la procédure civile qui « attirait » la criminelle.

Salviat signale encore — loc. cit. — un arrêt de 1745, rendu sur un appel du Sénéchal de Saintes, et qui maintenait la jurisprudence antérieure.

Le système de la prévention, dont l'existence en Normandie est signalée dès la fin du 17^e siècle, est appliqué, au siècle suivant, dans le ressort du Parlement de Paris : Denisart, « Collection de Décisions nouvelles », v^o Recélé; Bourjon, « Droit commun de la France », t. I, ch. 5, sect. II.

Il y a cependant une modification tenant à la prépondérance qu'a prise, à Paris, la procédure criminelle. Si le Lieutenant Civil a été saisi le premier, il demeure compétent, mais non point pour appliquer la procédure civile. Denisart explique simplement qu'en ce cas, la « poursuite extraordinaire peut se faire devant M. le Lieutenant Civil ». C'est lui qui accordera « les permissions d'informer », qui décernera les décrets, qui interrogera, etc...

Ce fut le cas dans une affaire de Gibercourt, où le Lieutenant civil appliqua la procédure criminelle : arrêt du 15 juillet 1741.

Cependant, le 21 août 1741, la Cour des Aides, dans une espèce analogue, renvoyait à fins civiles et convertissait les informations en enquêtes.

Le Châtelet de Paris n'en persista pas moins dans l'application de la procédure criminelle, même devant le Lieutenant civil. Mais le Parlement refusait de consacrer ce système, qui avait semblé tout d'abord avoir sa faveur. Le 26 août 1754, sans prononcer la nullité de la procédure, il convertissait les informations en enquêtes. Il rendait la même décision, le 8 octobre 1766, sur les conclusions du substitut

Joly de Fleury. « Sans de fortes circonstances, il n'y avait point lieu, disait-on, à la procédure extraordinaire. »

On en venait à l'opinion que Lebrun soutenait, d'ailleurs timidement, dans son « *Traité de la Communauté* », loc. cit. nn. 27 sqq.

Au fond, la jurisprudence de la fin du 18^e siècle est beaucoup moins favorable que celle des années précédentes à l'emploi de la procédure criminelle.

Elle voit dans cette procédure une peine supplémentaire, qu'elle prononce dans les cas où, comme l'écrit Lebrun, — loc. cit., n^o 39 — « les circonstances sont aggravantes », comme par exemple dans l'arrêt d'Aumont, de 1676.

IV^e — LA CONVENTION

Nous considérons aujourd'hui les principes de notre procédure comme étant d'ordre public et nous ne comprendrions pas qu'une Cour d'Appel différât là-dessus d'une autre.

Or, notre droit ancien, surtout — ce qui est plus grave — à partir du 17^e siècle, est, en cette matière, dans un chaos difficilement descriptible.

On ne sait pas si et dans quels cas, on doit appliquer la procédure extraordinaire et chaque Parlement décide d'après l'espèce qui lui est soumise. L'exemple frappant est l'arrêt d'Aumont, arrêt « unique », à en croire Jovet, qui le rapporte.

Le chaos aurait duré sans doute aussi longtemps que le Droit Français lui-même si, là comme ailleurs, la Révolution n'avait apporté sa « majestueuse et terrible » passion d'unité.

Le Comité de Législation de la Convention Nationale était assailli d'une foule de demandes, de plaintes, de consultations. Pour s'en rendre compte, il suffit de feuilleter, aux Archives Nationales, les registres D III, 3, 4, 5, 6, 7...

Un citoyen demande au Comité de prononcer la cassation d'un jugement, un fonctionnaire de la justice demande une consultation sur la procédure qui doit être suivie en matière de recel. Une jeune fille, la citoyenne Bourdin, expose, un peu plus loin, « qu'elle est recherchée en mariage, que sa mère s'y oppose; elle prie la Convention de l'autoriser à procéder audit mariage ». Nos parlementaires modernes, qui n'ont à songer ni à la Coalition étrangère, ni au Fédéralisme, ni à la Commune parisienne, ni à la Vendée, prendraient simplement le

temps de jeter la lettre à la corbeille. La Convention comprenait son rôle d'une manière un peu différente : elle renvoyait l'affaire à son Comité de législation. Celui-ci nommait un rapporteur. Et c'est le Représentant Oudot, qui a laissé également un nom comme juriste, qui fut chargé, le 23 floréal an II, de s'occuper de cette question matrimoniale, dont on peut dire, sans faire injure aux mânes de la citoyenne Bourdin, qu'elle n'intéressait qu'assez indirectement la République.

Le registre des pétitions, coté D III, 7, s'ouvre au n° 10.088, le 16 pluviôse an II. La gauche du registre est vide. Au milieu du livre, on inscrit le numéro de la pétition. Celle qui nous intéresse, sur la procédure en matière de recel, fut enregistrée le 9 préréal (sic) an II, sous le n° 13.392.

Puis vient l'exposé de la pétition. Le nôtre est très court : « Le Commissaire National près le District de Versailles soumet plusieurs questions concernant l'expoliation par un cohéritier; il en demande la plus urgente décision. »

La colonne suivante porte le nom du rapporteur. Dans cette affaire, ce fut Merlin de Douai. On pouvait évidemment faire un choix moins heureux. Mais lorsque l'on saura qu'en prairial an II il y avait, au Comité de Législation de la Convention Nationale, des juristes comme Oudot, Cambacérès, Berlier, Treilhard, on sera rétrospectivement rassuré sur le sort de la pétition du Parquet de Versailles.

La partie droite du registre porte ce long intitulé : « Dates et notices des décrets rendus, des arrêtés du Comité et autres renseignements ». A cet endroit, nous lisons ces simple mot : « Terminé par décret, le 3^e messidor, an II^e, au carton n° 15 ».

Il n'avait pas fallu trente jours pour poser, étudier et résoudre la question. Et l'on pense bien qu'en prairial an II, la Convention avait tout de même autre chose à faire qu'à mettre l'étude du recel « à l'ordre du jour ».

Ce carton n° 15 n'existe plus depuis longtemps.

Nous possédons seulement, sous la cote D III, 381, le recueil des procès-verbaux du Comité de Législation qui n'ont pas été perdus. Mais nous n'avons rien trouvé, sur la question du recel, pétition n° 13.392, entre le 9 prairial, date de l'enregistrement, et le 3 messidor, jour où fut rendu le décret. Cela n'est point surprenant si l'on songe que les seuls procès-verbaux que nous possédions pour cette période sont ceux des séances des 9, 13, 16, 19, 23, 26 et 29 prairial

et 3 messidor et que le Comité siégeait, en principe, tous les jours.

Quant à la solution qui fut donnée à l'affaire, le décret du 3 messidor an II (22 juin 1794) nous la fait connaître. Il figure au procès-verbal de la séance de la Convention du 3 messidor et à la « Gazette Nationale » — alias « Moniteur » — du 4 messidor.

« La Convention Nationale, après avoir entendu le rapport de son Comité de Législation (c'est celui que nous n'avons pu retrouver) sur les questions proposées par le commissaire national près le tribunal du district de Versailles et tendant à savoir de quelle manière il doit être procédé à l'égard d'un cohéritier qui a détourné à son profit des objets dépendants d'une succession à laquelle était appelée, conjointement avec lui, une personne absente du territoire français depuis environ quinze ans;

« Considérant que si le divertissement de ces objets a eu lieu, ou si le recélé a été continué depuis la publication du décret du 11 brumaire, relatif aux Français émigrés avant le 1^{er} juillet 1789, la loi du 7 frimaire sur le divertissement d'effets nationaux détermine clairement la forme de procéder, tant contre le cohéritier dont il s'agit que contre ses complices; mais que, dans le cas contraire, il ne peut, d'après les lois existantes, y avoir ouverture qu'à une action civile;

« Déclare qu'il n'y a pas lieu à délibérer.

« Le présent décret ne sera point imprimé; il sera inséré au Bulletin de Correspondance; il en sera adressé une expédition manuscrite au tribunal du district de Versailles. »

La Convention, ainsi qu'il arrivait le plus souvent, suivait son Comité. Elle n'avait pas de temps à perdre et ses membres ignoraient l'art de la réclame. Ils savaient que le Comité compétent avait mûrement étudié la question; ce Comité était leur émanation; il était fréquemment soumis à renouvellement. C'est pourquoi ses avis étaient convertis en décrets, en bloc et sans amendement.

Au sein même du Comité, on travaillait de même. Le rapporteur était presque toujours suivi.

Cela nous permet d'induire que le décret du 3 messidor an II, que nous venons d'analyser, est l'œuvre de son rapporteur devant le Comité de Législation, Merlin de Douai.

Nous nous sommes fréquemment servis du « Répertoire » composé par le célèbre Conventionnel. Au mot « Recélé », § 1^{er}, il écrit que l'on « est dans l'usage, au Châtelet de Paris, de poursuivre

extraordinairement l'époux survivant ou les héritiers qui ont recélé, et l'action peut être intentée devant le Lieutenant Civil ou devant le Lieutenant criminel. Ces magistrats connaissent l'un et l'autre de ces sortes d'affaires, concurremment et par prévention entre eux ».

« Cet usage, ajoute-t-il, a été abandonné par la Convention Nationale. »

Merlin s'était souvenu de son passage au Comité de Législation. Il avait oublié la réaction en faveur de l'application de la procédure civile qu'avait tentée le Parlement de Paris, malgré l'opposition du Châtelet, dans ses arrêts de 1754 et de 1766.

La Convention, interprétant sagement un droit qu'elle bouleversait de fond en comble, avait ordonné, en messidor an II, que la procédure civile serait, en principe, applicable au recel.

Mais elle se souvenait que l'on appliquait cependant la procédure extraordinaire, lorsque les « circonstances étaient aggravantes » — Lebrun, loc. cit. — ou, au moins, lorsqu'il y avait « de fortes circonstances » pour justifier l'emploi de cette procédure. — Joly de Fleury, dans ses conclusions de 1766.

C'est pourquoi la Convention admettait l'emploi de la procédure criminelle, lorsque, par suite d'une confiscation d'un bien d'émigré, le cohéritier lésé était la République.

SECTION DEUXIÈME

DES FINS DE NON RECEVOIR

A. — *La renonciation est antérieure au délit.*

La femme qui renonce devient étrangère à la communauté.

Conséquence : le détournement qu'elle commet après avoir fait cette renonciation n'est pas un recel. C'est un vol.

Ce raisonnement semble avoir été celui du Parlement de Paris dès la fin du 14^e siècle).

Dans les « *Quaestiones Joannis Galli* », édition de Dumoulin, qu. 131, il est rapporté une décision de 1387, qui prononce contre une femme une condamnation pour recel. « Et fuit ratio, ut credo, explique Joannes Galli, quia, ante ejus renuntiationem, bona ceperat et celaverat. » Cela signifie que si la femme avait commis son détournement après avoir renoncé, la sanction du recel n'aurait pas été appliquée.

Cette interprétation paraît avoir dominé notre jurisprudence depuis la fin du 14^e siècle jusqu'au 17^e.

L'arrêt de 1387 est expliqué par LE PRESTRE, comme il l'avait été par Jean LE COQ. — « Questions notables de droit décidées par plusieurs arrêts de la Cour de Parlement »; Centurie 1^{re}, ch. 4, n^o 3. Il renforce même son explication par un appel à Ulpien, sur la loi « si servum », 70, par. « praetor ait », au Digeste, de acquir. vel. omitt. haered. La restriction « si quid amovit » que fait le Préteur, dit-il, « pertinet ad eum qui ante quid amovit, deinde abstinuit, non ad eum qui ante se abstinuit, deinde amovit ».

Tous les auteurs du 16^e siècle, sans distinction de tendance, se rallient à cette manière de voir.

Nicolas VALLA, qui est un pur romaniste, invoque évidemment les textes anciens. — « De rebus dubiis et Quaestionibus in jure controversis tractatus viginti », Tr. sext., n^o 7.

Mais Bertrand D'ARGENTRÉ, qui est avant tout un féodal, se réclame aussi du Droit Romain en cette matière. — Sur l'article 415 de la Coutume de Bretagne, Gl. 3, n^o 3.

D'Argentré, en effet, écrit : « Renunciasset prius, deinde intervenerit aut subduxisset aliquid, renunciationi diserte factae non obest, nec ejus effectum infringit, quod vehementer notandum est, et probatur textu, dicto loco si servum... »

L'opinion de d'Argentré, conforme à celle de tous les romanistes de son temps, suggère une réflexion. « Quod vehementer notandum est... », a-t-il dit. Des voix discordantes s'élevaient-elles déjà ? Cela paraît douteux, à lire les différents auteurs.

Ainsi CHOPPIN, dans son « Commentaire de la Coutume d'Anjou », liv. 3, ch. 2, tit. 2, n^o 18, s'inspire exactement du même texte et donne une solution encore plus accentuée. « On commet aussi quelquefois fraude, écrit-il, non à la communauté, mais à la renonciation

à icelle. En quoi je suivrai la distinction d'Ulpien, interprétant l'Edit du Préteur. Car, comme un héritier qui a détourné quelque chose de la succession est privé de la faculté d'y renoncer; mais, s'il y renonce, puis en détourne quelque chose, il est plutôt coupable de larcin envers les créanciers qu'il n'est réputé avoir fait acte d'héritier. L. si servum, praetor ait, ff de acquir. vel. omitt. haered. Ainsi, la veuve qui aura recélé des biens de la communauté, puis y aura renoncé, est privée du bénéfice de la renonciation. Ce qui n'est pas le cas de celle qui aura renoncé avant que de détourner, ainsi que le Parlement jugea autrefois » — en 1387.

Après avoir établi le fondement de la distinction, Choppin montre que la jurisprudence n'a pas varié là-dessus. « Et encore que le temps soit changé, la Cour n'a pas changé son jugement touchant telle renonciation, mais il y en a un semblable donné en la cinquième Chambre des Enquêtes, le 27 janvier 1582, confirmatif de la sentence du Bailli de Vitry du 21 avril 1580, entre Jean Lévesque et Marguerite Valée, sa femme, appelant de ladite sentence, et Claude Monel, Charles Gervais et autres, intimés. »

Louet, Cujas sont également d'accord pour interpréter en ce sens le paragraphe « praetor ait » — « Recueil », lett. C, somm. 36 — « Observations », liv. 20, chap. 27. — « ...si is qui postquam se abstinuit, amovit, quia non tanquam haeres sed ut extraneus fecit, furti actione creditoribus tenetur, l. 70, fin. de acquir. vel. omitt. haered. »

Et le Parlement de Paris maintenait sa jurisprudence dans un arrêt du 27 octobre 1595, rapporté par Louet — op. cit., lett. R., somm. I.

Au milieu du 17^e siècle, le principe est demeuré intangible, si l'on en croit Basnage, commentant la Coutume de Normandie, article 394. « La peine du recélé, dit-il, ...est différente selon les temps où (la soustraction) a été faite. La soustraction faite après la renonciation ne rend point la veuve héritière...; en ce cas, elle est réputée étrangère et on en use comme à l'égard de l'héritier, qui postquam abstinuit, amovit; en ce cas, dit la loi si servum, ult. de acquir. vel. omitt. haered., furti potius actione tenetur creditoribus... Au contraire, la renonciation faite par la femme après la soustraction... lui est inutile... »

Le raisonnement est toujours le même. D'ailleurs, la « raison écrite » et la raison tout court sont d'accord.

Les coutumes rédigées au 16^e siècle portent la marque de cette préoccupation.

Louet, qui a donné de la distinction une justification théorique, celle tirée de la loi si servum, à la lettre C, sommaire 36, de son «Recueil», montre comment ce principe a passé dans le droit positif, c'est-à-dire dans les coutumes — op. cit., Lett. R, somm. I — « C'est ce que veut dire la Coutume de Paris, article 237, explique-t-il, celle d'Orléans, article 204, et autres semblables, qu'il est loisible à la veuve de renoncer à la communauté, la chose étant entière et, en ce faisant demeurer quitte des dettes, en faisant bon et loyal inventaire. Or, on ne peut pas dire que la chose soit entière, ni qu'il y ait bon et loyal inventaire, quand on vérifie que la veuve a recélé auparavant la renonciation, du bénéfice de laquelle, par conséquent, elle ne doit point jouir... De sorte que la renonciation à la communauté que fait la veuve après la soustraction et le recélé ne lui profite de rien... »

Et c'est bien ainsi que la jurisprudence parisienne, au début du 17^e siècle, interprète les textes coutumiers : Arrêt du 12 avril 1603; Arrêt du 29 mars 1615, confirmant une sentence du Prévôt de Paris, en date du 1^{er} février 1614.

Les autres coutumes connaissent également cette règle : Vermandois, article 26; Reims, article 274, commentées toutes deux par Buridan; Châlons, article 31, commentée par GODET.

Dans le Sud-Ouest, il est de « maxime constante et indubitable au Palais que le recèlement... qu'a fait la femme des biens de la communauté après y avoir renoncé ne la rend point commune, ni ne la prive du bénéfice de la renonciation... » : MAICHIN, sur la Coutume de Saint-Jean-d'Angély, tit. 9, art. 7 .chap. 1^{er}. Si le recel est antérieur à la renonciation, il rend celle-ci impossible : Arrêt de Bordeaux du 14 décembre 1624.

Mais, une telle solution devait favoriser les recels.

Il suffisait en effet à la femme de prendre la précaution de renoncer; elle était dès lors déchargée du poids des dettes communes et pouvait commettre son détournement en toute tranquillité.

Une réaction était inévitable.

Dès 1544, les réformateurs de la Coutume d'Artois y préludaient, dans la rédaction de l'article 163 : « Si la femme, pendant les quarante jours qu'elle a pour délibérer, recélait... aucuns biens, elle serait soumises aux dettes de son mari, comme immiscée ès-biens; nonobstant la renonciation qu'elle pourrait avoir faite ou ferait après ».

Si donc le recel est commis pendant le bref délai octroyé à la femme pour délibérer, elle ne pourra pas bénéficier de sa renonciation, alors même que celle-ci serait antérieure au recel.

La pénalité était encore aggravée par l'existence d'une présomption, en vertu de laquelle le divertissement était supposé, à défaut de preuve contraire, commis pendant les quarante jours en question. Car, comme le disait MAILLART, dans le commentaire qu'il composa, au 18^e siècle, de la Coutume d'Artois, « dans le doute, on doit présumer que les recelés ont été commis pendant le cours des délais pour délibérer, et non pas après, parce qu'en matière de délits volontaires, l'on considère la cause aggravante plutôt que celle qui est moindre ».

Contre la distinction romaine suivant l'époque de la renonciation, la réaction s'affirmait au cours du 17^e siècle. L'Ordonnance de janvier 1629 contenait une disposition expresse sur ce point, en son article 127, le seul qui traite du recel en matière de communauté. « Tous ceux qui se trouvent avoir recélé ou détourné biens de la communauté à laquelle ils voudront renoncer, avant ou après ladite renonciation, seront tenus des dettes de ladite communauté, nonobstant leurs dites renonciations, sans en pouvoir être relevés par lettres, et ne sera aucune veuve reçue à prendre ladite communauté par bénéfice d'inventaire ».

Voilà donc édictée d'une façon générale la suppression du bénéfice de la renonciation et du bénéfice d'émolument (et non d'inventaire) pour tous les cas de recel, que le divertissement eût été commis avant ou après la renonciation.

Mais nous connaissons l'accueil qui fut réservé à l'Ordonnance de l'infortuné Michel de Marillac. En particulier, sur la question que nous étudions en ce moment, le Code « Michaud » avait à remonter un courant très puissant, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Et l'on comprend que les auteurs du 17^e et du 18^e siècles aient hésité sur le parti à adopter.

Renusson se borne surtout à exposer les deux solutions et ne conclut qu'avec timidité. — Traité de la Communauté; 2^e part., ch. II, n^o 1. « A l'égard des créanciers, écrit-il, il y en a qui ont voulu distinguer; ils ont dit : ou la femme a soustrait et recélé avant que d'avoir renoncé, ou elle a commis le recélé après avoir renoncé. Au premier cas, on dit que le recélé qu'elle a fait la rend commune..., que la renonciation qu'elle fait après avoir commis le recélé est inutile, que le recélé qu'elle a fait empêche qu'elle puisse jouir de la renonciation;

...mais, que si elle a commis le recélé après avoir renoncé..., que la renonciation a son effet... »

A l'appui de cette opinion, Renusson cite l'arrêt rendu en 1387, dans l'affaire Courtenay-de Crèveœur, et en donne l'interprétation courante, conformément à la loi si servum. « Quand, après la renonciation, on prend des effets de la succession, conclut-il, c'est commettre larcin ».

Une telle distinction devait logiquement conduire à la conséquence suivante : la femme qui avait commencé par renoncer devenait étrangère à la communauté; son détournement était un vol et, dès lors, c'était la procédure extraordinaire que l'on devait appliquer pour instruire ces sortes d'affaires.

Or, nous l'avons vu — section première — on ne pouvait employer contre elle que la procédure civile, au moins pendant la première partie du 17^e siècle.

En ce qui concerne la sanction en elle-même, les mêmes divergences se produisent : « ...aucuns disent, soit qu'elle ait commis le recélé avant la renonciation, ou après la renonciation, que les créanciers sont bien fondés à conclure contre elle au paiement de leur dû...; que le procédé d'une veuve qui prend et divertit des effets de la communauté est également odieux, soit que le recélé soit fait par la veuve avant la renonciation, soit qu'il soit fait après sa renonciation ». — loc. cit., n° 7.

« Il semble qu'il serait raisonnable, conclut Renusson, — loc. cit., n° 12 — de se rallier à la seconde opinion ». Donc, selon lui, la femme qui recèle doit toujours être tenue des dettes comme commune en biens, quelle que soit l'époque de sa renonciation.

Renusson soutient la même doctrine lorsqu'il s'agit d'une poursuite intentée contre la femme, non plus par les créanciers communs, mais par les héritiers du mari. « D'autres, écrit-il, — loc. cit. n° 16 — veulent faire la même distinction à l'égard des héritiers du mari qu'on a voulu faire à l'égard des créanciers. Ils disent que si le recélé a été fait par la femme avant sa renonciation, qu'elle a fait acte de commune...mais que si elle a recélé après avoir renoncé... que le recélé ne la peut rendre commune... »

Renusson se prononce également contre le principe de la distinction, mais il reconnaît — loc. cit., n° 18 — « qu'il n'y a point sur cela de jurisprudence bien certaine. »

Le doute subsiste au 18^e siècle.

Lebrun consacre à cette question, jadis si simplement résolue, tout un paragraphe qui ne résout rien. — « Traité de la Communauté », liv. III, ch. 2, sect. 2, dist. 2, n^o 27 — L'intitulé marginal expose la question comme on le faisait au 16^e siècle : « Distinction ordinaire de la veuve qui commence par recéler et qui veut renoncer ensuite; et de celle qui commence par renoncer et recèle après; qu'au premier cas, on la juge commune, au second, on la poursuit extraordinairement. »

Lebrun expose, en ce paragraphe, la solution traditionnelle tirée du Droit Romain, en ajoutant la conséquence logique de la poursuite extraordinaire, lorsque la renonciation a fait de la femme une étrangère.

Mais, gardons-nous de croire qu'il y ait là rien d'absolu : les seuls intitulés des paragraphes suivants suffiraient d'ailleurs à nous détromper. N^o 28 : « Exception au cas d'un concert de fraude faite avant la renonciation ». N^{os} 29 et 30 : « La peine de la recéleuse qui renonce, à l'égard des héritiers, va à la rendre commune si c'est leur intérêt. Même au cas qu'elle ait commencé par renoncer, si c'est un concert de fraude ».

L'exception du paragraphe 28 se justifie aisément : « Si, explique Lebrun, il paraissait néanmoins que la veuve, par un dessein prémédité et par une affectation visible, eût commencé par renoncer pour commettre ensuite ses recelés plus impunément, elle serait déclarée commune, si c'était l'intérêt des héritiers et des créanciers. »

Lebrun prétend trouver également une justification de cette exception dans l'article 163 de la Coutume d'Artois, que nous venons d'étudier rapidement.

Cette exception s'appliquera aussi quand la veuve sera poursuivie à la requête des héritiers du mari et non plus des créanciers communs. — loc cit., n^{os} 29 et 30. — Lebrun ajoute même cette raison « que les acceptations et les renonciations en matière de communauté, comme en matière de succession dépendent plus de l'intention que du fait. » Remarque très fine et très juste. En conséquence, afin de punir, dans tous les cas, la mauvaise foi, on faisait le raisonnement suivant : « ...celui-là fait acte d'héritier qui, dans le dessein de piller la succession, commence par s'en abstenir en public, et la pille après en particulier; or, il en est de même de la communauté. »

Toutes ces exceptions ne valent que pour les hypothèses dans lesquelles la fraude est démontrée, ce qui est parfois difficile. Mais, « s'il

n'y a pas de preuve de ce concert de fraude, et que la femme, ayant renoncé d'abord, ait recélé par occasion et par tentation, les héritiers ont leur action furti (la femme étant devenue une étrangère) et en condamnation de dommages et intérêts.

Nous ne trouvons pas les mêmes exceptions chez tous les auteurs. Ainsi, Rousseau de Lacombe, après avoir admis, comme Lebrun, le principe de la distinction suivant les époques auxquelles le recel est commis, indique une exception fondée sur une considération autre que celle qui avait déterminé son prédécesseur. — « Recueil de Jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier », V^o Recélé, n^{os} 1 et 2.

« Quand les héritiers présomptifs (du mari) renoncent à la succession, écrit-il, si la veuve est convaincue de recélé, elle est tenue des dettes indéfiniment, soit qu'elle ait recélé avant ou après sa renonciation ». On ne peut donc pas dire que la veuve qui commence par renoncer devient étrangère à la communauté ; elle sera tenue d'en payer les dettes, si les héritiers du mari n'acceptent point sa succession.

Une raison excellente est que les créanciers ne doivent pas souffrir du délit commis par la femme ; et, s'ils ne trouvent pas d'héritiers en face d'eux pour répondre des dettes de communauté, on leur permettra de se retourner contre la femme, même valablement renonçante, dont on punit ainsi la mauvaise foi.

Mais Rousseau de Lacombe a voulu fonder son opinion sur des autorités. Il a invoqué les coutumes de Calais, de Vermandois, de Nivernais, de Bourbonnais, qui n'ont jamais rien dit de semblable. Il s'est aussi réclamé de Renusson — op. cit., loc. cit., n^o 12 — Que dit en réalité cet auteur ? « La peine civile qu'on pourrait raisonnablement prononcer contre elles (les veuves) serait de les rendre tenues, à l'égard des créanciers, du paiement de leur dû, soit que le recélé ait été par elles commis avant que d'avoir renoncé à la communauté, ou après avoir renoncé, particulièrement lorsque le mari n'a point laissé d'héritiers, ou que ses héritiers présomptifs ont renoncé à sa succession et que les biens du mari qui paraissent ne sont pas suffisants pour payer les créanciers ; qu'on doit user de sévérité pour obvier aux fraudes qui ne sont que trop fréquentes. »

Renusson obéit visiblement à la préoccupation très légitime d'éviter que le recel de la femme puisse nuire à des tiers. Mais, il dit bien qu'il faut que les biens du mari soient insuffisants pour payer les créanciers. Sans quoi, c'est ajouter une peine contre la femme, déjà tenue de

l'action de vol et sans aucun intérêt pour les créanciers, qui sont payés par les biens du mari.

Rousseau de Lacombe eut le tort d'ériger en principe de droit ce qui n'était qu'un remède empirique.

Les prescriptions rigoureuses du Code « Michaud » trouvèrent en Valin un défenseur convaincu. Dans son commentaire sur l'article 47 de la Coutume de La Rochelle, il réagit vigoureusement contre « l'opinion commune », demeurée fidèle à la distinction héritée du Droit Romain. « Il y a certainement là, écrit-il, un peu trop d'indulgence, comme le remarque ARGOUT (« Institutes », t. II, ch. 3, sect. 4) et il serait juste de déclarer la veuve également commune, sans avoir égard à sa renonciation, soit parce qu'il est naturel de présumer qu'elle avait formé la résolution de commettre les recelés avant que de se déterminer à renoncer et qu'ainsi, elle n'a renoncé que dans le même esprit de fraude; soit parce que les soustractions sont d'autant plus à craindre de la part d'une veuve qu'elle croit courir moins de risques en les commettant et que l'assurance de l'impunité est capable de l'exciter à retenir secrètement tout ce qu'elle pourra soustraire d'une communauté qu'elle n'abandonne qu'à regret; soit enfin parce que, dans la réalité, c'est un vol qu'elle fait ou qu'elle a l'intention de faire aux héritiers de son mari. »

Les raisons données par Valin sont excellentes. De plus, l'Ordonnance de 1629 posait une règle générale qui aurait dû s'imposer à la jurisprudence. Les cas dans lesquels Lebrun considérait qu'il fallait faire exception au principe de la distinction, deviennent, pour Valin, des arguments d'ordre général contre ce principe même. « Cependant, ajoute-t-il, je le répète, l'opinion générale est que (la veuve) ne doit pas être déclarée commune, lorsqu'elle n'a soustrait qu'après avoir renoncé. »

C'est en effet l'opinion des Parlements, qui considèrent comme étrangère la veuve qui a commencé par renoncer et qui font instruire contre elle en la forme criminelle; Paris, 29 avril 1689 et 7 décembre 1715; « Journ. Aud. », VI, 5, 38; Dijon, 7 juin 1687 et 19 janvier 1693; « Arrêts » de Perrier, t. II, pp. 283-292; c'est également l'opinion des auteurs et des commentateurs de coutume, Bar, art. 92, Rouyer, sur Bourbonnais, art. 246, notes d'Eusèbe de Laurière sur les « Maximes » de Loysel, — I, II, 31 —; « Droit Commun de la France », de Bourjon, V, II, § 6, où l'auteur, après avoir indiqué la règle, « juste en elle-même », ajoute que « les veuves

en abusent souvent » ; « Répertoires » de Guyot et de Merlin, de Douai.

Cependant, au 18^e siècle, « l'opinion commune » perdait de sa généralité.

Des voix nombreuses se joignaient à celle de Valin.

L'arrêteste bordelais, La Peyrère, dans ses « Décisions sommaires du Parlement de Bordeaux », Lett. R, n^o 32, est encore plus affirmatif que le commentateur de La Rochelle. « Veuve qui a recélé avant la renonciation est déclarée commune, nonobstant icelle ». Cela, c'est le principe. Mais La Peyrère lui apporte ce correctif : « Je n'ai jamais vu pratiquer dans notre ressort ce premier chef de décision » (le second chef étant la privation de part), « quand le recélé est fait dans le temps donné à la veuve pour renoncer ». Cela rappelle la prescription de la Coutume d'Artois, art. 163, mais, en sens inverse. En effet, La Peyrère veut dire que la renonciation conserve toujours sa valeur, que le recel ait été commis avant ou après.

En sens contraire exactement, le Parlement de Dijon, qui avait d'abord accepté la distinction romaine, jugeait que la renonciation de la femme ne pouvait pas lui bénéficier, dès l'instant qu'elle commettait un divertissement, qu'il fût, d'ailleurs, antérieur ou postérieur à ladite renonciation. Perrier, qui rapporte un certain nombre de décisions en ce sens, dans son « Recueil d'Arrêts », t. II, pp. 283-292, affirme qu'elles étaient fondées sur l'article 127 de l'Ordonnance de janvier 1629. Tout est possible.

« On faisait autrefois la distinction, explique-t-il, si c'était avant ou après la renonciation que la veuve eût spolié ; au premier cas, elle perdait le bénéfice de la renonciation ; au second cas, elle conservait l'effet de sa renonciation, quoiqu'elle fût condamnée... mais, ajoute Perrier, cette différence est abrogée, tant par la jurisprudence des arrêts que par l'ordonnance de 1629, art. 127 : la femme qui a spolié, soit avant, soit après sa renonciation, perd le droit de renoncer. »

Ce devait être, en effet, la théorie qui avait triomphé en Bourgogne, car nous la retrouvons, exposée avec la même netteté dans le Commentaire de Taisand sur la Coutume du Duché, IV, 21. Sa note 3^e est consacrée à la distinction selon laquelle la femme coupable de recel n'est privée du bénéfice de la renonciation que si celle-ci est postérieure au divertissement.

« Quelques-uns, écrit-il, ont dit ...qu'il faut faire différence entre les femmes qui ont recélé avant ou après la renonciation; car (disent ceux qui prennent ce parti) la femme est seulement privée du bénéfice de la coutume quand elle a distrait et recélé les effets de la communauté avant la renonciation; mais, si c'est après la renonciation, elle est simplement tenue de restituer les choses distraites, sans être obligée de payer la moitié des dettes de la communauté, à l'exemple de l'héritier présomptif, lequel ayant pris et enlevé quelques effets de l'hoirie avant que de l'avoir répudiée est réputé par une pareille entremise vrai et légitime héritier. Et si, après avoir répudié, il s'est immiscé et a distrait quelque chose de l'hoirie, en ce cas, il n'est pas réputé héritier et il ne perd pas le bénéfice de la répudiation, mais on peut intenter contre lui l'action appelée Furti... Cette maxime est certaine en droit (Romain) et on ne la révoque pas en doute; mais il n'en est pas de même d'une renonciation de la veuve à une communauté de biens qui est établie par la coutume, que l'on sait être de droit étroit; de sorte que, la coutume ne distinguant point entre la soustraction faite avant ou après la renonciation, nous ne pouvons affaiblir la disposition de la coutume par une distinction forcée; et, par conséquent, il faut conclure que la femme qui a recélé les effets de la communauté devant ou après la renonciation est également privée du bénéfice de cette même renonciation et qu'elle doit payer la moitié des dettes... Chasseneuz, sans user d'aucune distinction, dit qu'elle se prive elle-même de son droit... »

Il est vrai que le commentaire de Chassaneus ne contient que les mots : « Ecce hic quo mulier se ipsam suo jure privavit. » Mais, il faut ajouter que le vieux commentateur s'occupe uniquement de la peine de privation de part. Il ne faut donc point invoquer son autorité dans ce débat.

Et, contre Taisand, citons de nouveau Perrier, qui affirme qu'on « faisait autrefois la distinction... »

Le meilleur argument que Taisand puisse donner c'est que « l'article 127 de l'Ordonnance de 1629 le décide ainsi. » Il ajoute du reste qu'après la décision de cette Ordonnance, il semble « qu'il ne doit plus rester aucun doute sur cette question. » Cette raison, qui, aujourd'hui, dispenserait de toutes les autres, n'avait pas, sous l'Ancien Régime, une bien grande valeur.

Nous voyons à quel point a pu se compliquer la simple petite question que nous posions au début de ce paragraphe. Les partisans de la

solution qui nous paraît seule logique aujourd'hui, n'ont même pas songé à invoquer le raisonnement juridique : ils ont fait appel aux lois romaines et ont triomphé tant que leur prestige a été inébranlé. Quand le droit coutumier s'est dressé en adversaire, ils n'avaient rien de sérieux à présenter contre lui. Dans le désir naturel que l'on avait de réprimer des abus très graves, que signale même Bourjon, tenant de la doctrine traditionnelle, on en est venu à bannir toute distinction, puisqu'aussi bien la communauté étant une institution essentiellement coutumière, il n'y avait aucune raison de lui appliquer des solutions empruntées au droit romain et en opposition avec les besoins de la pratique.

B. — *Restitution spontanée des effets divertis*

Lorsque l'on envisage le fait de recel en lui-même, on le considère à la fois du point de vue matériel et du point de vue de l'intention. On punit le recéleur, moins parce qu'il a pris quelque chose, que parce qu'il a commis cet acte pour frustrer un ayant-droit.

L'effet de l'acte matériel peut être en quelque sorte annulé par l'acte matériel inverse, par exemple la remise des objets soustraits dans la masse. Cela n'empêchera pas que le détournement avait été commis avec l'intention de faire fraude aux droits des co-partageants. Le coupable s'est peut-être repenti ; il ne peut pas faire que son intention frauduleuse n'ait pas existé.

Le problème est donc le suivant : tiendra-t-on compte du repentir, lorsque ce repentir s'est manifesté de façon concrète, c'est-à-dire par la restitution des objets divertis ?

Dans son « Commentaire sur la Coutume de Paris », article 237, Charondas nous apprend que, d'après « quelques arrêts de la Cour », la femme peut « être restituée contre l'appréhension de la communauté, en rapportant ce qu'elle avait pris d'icelle, idque propter sexus infirmitatem, et quia de damno agitur — l. regula est, 9 ff de juris et facti ignor. et l. ult. Cod. eod. tit. »

C'est encore cette considération de « l'infirmitas sexus » qu'invoque notre commentateur dans son autre ouvrage, les « Réponses du Droit Français », liv. VIII, rép. 15°. « Si la veuve a fait inventaire, encore qu'elle ait, lors d'icelui, latité quelques biens, en les représentant incontinent, elle sera excusée, pour l'infirmité de son sexe, ...comme a été jugé par arrêt du 27 janvier 1582. »

Si les adversaires de la femme prouvent qu'elle a agi « par dol et furandi animo », sa restitution ne lui sera d'aucun secours : arrêt du 23 juin 1582.

On voit que le Parlement de Paris n'envisage la restitution spontanée des objets divertis par la femme que comme un moyen venant à l'appui de la présomption, fondée sur l'*infirmetas sexus*, que le détournement n'est dû, en réalité qu'à l'ignorance de la femme. Si cette présomption est détruite par la preuve de la mauvaise foi de la femme, alors sa restitution n'est pas prise en considération. La peine du recélé est appliquée.

Pour FACHINEUS, qui écrit à peu près à cette époque, la restitution spontanée a pour effet d'effacer le délit : « *Controversiarum juris* », lib. quart., cap. 37 : « *Insignis est controversia in eadem materia inventarii si haeres non omnes res scripsit in inventario, sed aliquas omisit ac celavit, sciens, prudensque, nec postea etiam adjecit...* » On peut raisonner par a contrario et dire que si l'héritier remet à la masse ce qu'il a divertit, il échappera aux pénalités du recel.

Au début du 17^e siècle, on admet que la restitution efface le délit, mais il faut qu'elle ait été faite de bonne foi et spontanément.

Brodeau eut l'occasion d'intervenir dans un procès où cette question faisait le fond du débat. « *Recueil* », Lett. R, somm. 1, 3°. « Damoiselle Jeanne Huet, veuve de Maître Daniel Masson, président en l'élection de Saint-Maixent, Catherine et Louise Masson, filles et héritières dudit défunt, parties plaidantes, nonobstant que ladite Huet eût rapporté et fait comprendre en l'inventaire toutes les choses par elle recélées auparavant l'action contre elle intentée, pour raison dudit recélé, en conséquence de quoi elle soutenait que ce recélé n'était point punissable et ne la rendait pas commune, arg. l. *quicquid*, 48, de reg. jur. et 1, 3, de div.

Effectivement, la restitution avait précédé les poursuites. Mais, la damoiselle Huet ne s'y était décidé qu'après que la saisie des choses recélées l'eût avertie que les héritières de son mari connaissaient le divertissement par elle opéré. Sa restitution n'avait donc rien de spontané. Elle fut condamnée, le 14 avril 1629, devant le Sénéchal de Civray. Et le Parlement de Paris confirma la sentence, par son arrêt du 26 mars 1630.

A Reims, si l'on en croit Buridan, le commentateur de la coutume, on avait trouvé un autre fondement à la fin de non-recevoir tirée de la restitution. « ...Encore que la veuve, durant la maladie de son feu mari, ait détourné et latité quelque chose de la communauté, écrit

Buridan sur l'article 274, si, néanmoins, depuis, elle l'a fait remettre en l'inventaire, avant que de l'avoir affirmé en justice, elle ne sera pourtant pas privée de son dit choix, parce que l'héritier est hors d'intérêt. »

En réalité, on envisage cette restitution à la fois par rapport à l'héritier et par rapport à la femme. On veut d'abord que cette restitution soit faite avant l'affirmation judiciaire de l'inventaire. A partir de cette affirmation, en effet, la veuve est constituée, comme nous l'avons dit, en état de mauvaise foi. D'autre part, on admet cette restitution dans l'intérêt même de l'héritier du mari. Remarquons d'ailleurs que la femme peut affirmer son inventaire avec la plus parfaite bonne foi, alors qu'il est inexact. La coutume de Reims se montre, sur ce point, inutilement sévère.

Mais ces questions d'intention, nous l'avons vu longuement au chapitre 1^{er}, sont très délicates et notre ancien droit n'est jamais parvenu à les élucider complètement.

Au Parlement de Dijon, on exigeait, pour que la fin de non-recevoir fût valable, que la restitution des objets divertis eût été spontanée : Arrêt du 23 décembre 1652, rapporté aux « Arrêts » de Perrier, t. II, pp. 283-292.

Les auteurs des 17^e et 18^e siècles ont été embarrassés par cette question.

Claude de Ferrière, dans sa « Compilation des Commentateurs sur la Coutume de Paris », n'y consacre que quelques mots. — § 16 de la glose 2^e sur l'article 237. « Pour tout ce qui est des recelés faits par la femme, dit-il, du vivant de son mari, si elle rapporte ce qu'elle a détourné, elle n'encourt aucune peine. » De Ferrière est muet sur les divertissements commis après la mort du mari et nous pouvons aussi bien conclure par analogie que a contrario.

Lebrun — op. cit., loc. cit., n^o 36 — consacre à ce problème un paragraphe qu'il intitule : « Que la représentation des choses recélées faite après la conviction n'exempte pas de la peine du recélé ». Mais, la plus grande partie de ses développements est consacrée à l'espèce de 1630 que rapporte Brodeau. Lebrun en tire la règle suivante : « Celui qui a commis des recelés n'évite pas les peines... en représentant les choses recélées après une preuve parfaite, ni après un commencement de preuve ».

Pouvons-nous conclure, a contrario, que la restitution évite à celui qui la fait les peines du recel, pourvu qu'il l'ait faite avant tout com-

mencement de preuve, c'est-à-dire lors bien même que les poursuites auraient commencé et que, par conséquent, tout caractère spontané serait effacé ?

Nous doutons que Lebrun ait prévu que l'on tirerait une telle conséquence de son principe. Et cependant, Valin — loc. cit. — n'a pas craint d'invoquer, en faveur de cette opinion, l'autorité de l'illustre jurisconsulte. Seulement, la théorie de Valin n'est complète que si l'on y ajoute la distinction qu'il fait entre la simple omission et ce qu'il appelait le « recélé réel et effectif ». « Ce dernier, écrit-il, est trop évident pour souffrir la moindre excuse », à moins, cependant, que la restitution ne soit absolument spontanée, que les effets ne soient rapportés « avant qu'il y ait eu aucune plainte de leur soustraction ». Mais, pour les « simples omissions », Valin admet que le survivant peut éviter la peine du recélé, en rapportant les objets, non pas même spontanément, mais seulement « avant la conviction ou avant d'avoir engagé les preuves contre lui. » Au reste, il y avait en ce sens, un jugement de La Rochelle, rendu le 14 décembre 1722 et cette solution était adoptée par une conférence d'avocats, le 12 janvier 1734.

L'argument a *contrario* tiré des développements de Lebrun se trouvait ainsi consacré sur le terrain pratique.

Pothier, dont nous avons déjà eu l'occasion d'apprécier les idées originales en matière de recel — loc. cit., n° 688 — ne traite pas directement la question de la restitution spontanée. Il ne l'envisage qu'en fonction de l'élément intentionnel du délit qu'il étudie avec la pénétration que nous savons. Les omissions « sont surtout présumées n'être pas malicieuses, écrit-il, lorsque le survivant, avant que personne se soit plaint des omissions, a ajouté à l'inventaire les effets ou les titres qu'il avait omis d'y comprendre. »

Comme Pothier a défini le recel, « l'omission malicieuse », dès lors que l'omission est « présumée n'être pas malicieuse », il n'y a plus recel. Cela ne nous empêchera pas de nous demander en quoi une restitution spontanée peut faire qu'une omission qui a été malicieuse, dans le principe, ne le soit plus. Cependant Pothier établit là une simple présomption qui, rationnellement, n'est point absurde.

Bourjon — op. cit., ch. V, sect. 2 et 3, par. 9 — revient à la conception de Valin et de Lebrun. La restitution postérieure à la « conviction » n'évite pas au coupable les peines du recélé. « Le délit est commis, il en faut la punition. » Il est certain que le délit n'est pas moins commis, lorsque la restitution est faite spontanément et avant tout

commencement de preuve; mais on comprend que l'administration de cette preuve en justice marque une sorte d'étape, passé laquelle toute restitution devient inutile.

Quant à Denisart — op. cit., V^o recélé — il s'est inspiré de Claude de Ferrière et traite du cas où le détournement a été commis par la femme du vivant de son mari. Alors que nous ne savions pas, pour l'époque de de Ferrière, si nous devions conclure, de ses développements par analogie ou a contrario, ici, la situation est plus nette. Non pas que la jurisprudence ait quelque fermeté ou que nous ayons pu tirer de la doctrine un principe quelconque. Mais, nous sommes guidés, pour interpréter Denisart, par le « Répertoire », de Merlin — de Douai — v^o Recélé, § II. — « Nul doute que, parmi nous, écrit l'ancien Conventionnel, tout héritier présomptif qui est convaincu de recélé ne doive être réputé héritier pur et simple, sans pouvoir recourir au bénéfice d'inventaire même en rapportant les effets qu'il a soustraits... » Merlin, il est vrai, emploie le mot « convaincu », rappelant ainsi Lebrun, Valin et Bourjon, qui attachaient une importance prépondérante à la preuve pour faire produire effet à la restitution. Seulement, faut-il prendre le texte de Merlin à la rigueur? En tout cas, l'impression de chaos n'en demeure pas moins.

C. — *Prescription*

Cette fin de non-recevoir n'a été examinée qu'assez tard, dans notre droit et la solution qui a été donnée était celle que fournissait le droit criminel.

Le 20 mai 1692, il est jugé, au Parlement de Paris, — « Journal des Audiences », t. IV, liv. 7, ch. 14 — que « le crime était éteint » au bout de vingt ans.

Renusson approuve cette jurisprudence — « Traité de la Communauté », 2^o part., add. au ch. II, n^o 10 — La seule raison qu'il donne c'est que « l'action naît du délit ».

C'est exactement l'expression dont se sert, au siècle suivant, Guy du Rousseau de Lacombe — « Recueil » cité, V^o Recélé, n^o 8 — « Cette action, écrit-il, ...se prescrit par vingt ans depuis la succession ouverte et le recélé commis, parce qu'elle naît du délit ».

Mais Valin fait entendre une protestation énergique : « Rousseau de Lacombe, écrit-il dans son Commentaire déjà cité, après avoir dit avec raison que l'action en recélé n'est pas annale, mais perpétuelle,

veut néanmoins qu'elle se prescrive par vingt ans parce qu'elle naît du délit; sur quoi il cite un arrêt du 20 mai 1692. Mais cela n'est vrai, aux termes de cet arrêt, que par rapport à l'action extraordinaire, tout crime, en effet, étant prescrit par vingt ans, et il serait absurde d'en dire autant de l'action civile qui, de sa nature, dure trente ans. La décision serait bonne si, en pareil cas, la recherche pour les recelés ne pouvait être faite que par la voie extraordinaire; mais le contraire étant certain, jusque là même que, sans des circonstances aggravantes, l'action criminelle n'est pas ouverte, il s'ensuit que l'action civile, pour obliger au rapport des effets recelés, doit durer trente ans... »

Malgré les arguments apportés par Valin, la question était réglée contre lui. Un arrêt du Parlement de Paris, rapporté aux Répertoires de Guyot et de Denisart — n. V^o — arrêt rendu le 15 juin 1762, décida que la prescription de vingt ans pourrait être opposée même dans le cas où l'action aurait été intentée par la voie civile : Aff. veuve Bastide c. François Vidalesme.

Au Parlement de Bretagne, on observait la durée de la prescription établie pour les actions criminelles, c'est-à-dire cinq ans.

Cela résulte de deux actes de notoriété, des 14 mai 1697 et 14 mars 1752. Il y est dit : « Prescription de cinq ans en matière de divertissements faits, soit par l'héritier bénéficiaire, soit par la veuve renonçante, avant l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou avant la renonciation à la communauté. Et après ledit temps de cinq ans, les peines établies par les articles 574 et 437 de la Coutume ne peuvent plus avoir lieu. Cette prescription court contre les absents et les mineurs et l'on ne peut la proroger sous prétexte que les recelés n'étaient pas connus. Seulement, même après cette prescription, on peut, par voie d'exception, imputer sur les reprises de la veuve la valeur des recelés; cette exception dure autant que dure l'action en reprise de la veuve renonçante. »

En ce sens, nous trouvons deux arrêts donnés à Rennes, le 29 janvier 1739 et le 21 août 1741 — « Journal du Parlement de Bretagne », à leur date.

Prescription rigoureuse que rien ne peut venir suspendre ou interrompre. Aussi **POULLAIN DU PARC** pense qu'il est permis d'hésiter. Evidemment, dit-il, les articles 284 et 288 de la coutume ont fixé en matière de délits une prescription de cinq ans et on ne voit pas « pour quoi un délit tel que le recel serait excepté de cette prescription ». Il répond lui-même à cette objection « que les articles 284 et 288

s'appliquent seulement aux usurpateurs qui n'ont aucun droit sur la chose usurpée. Au contraire, l'héritier ou la veuve qui recèle avant la renonciation a droit à la chose recélée et fait acte d'héritier pur et simple ou de communière », en disposant de l'objet dont s'agit. C'est dire que l'action intentée contre l'héritier ou contre la femme est très différente de celles qui se prescrivent par cinq ans, puisque son objet est « de faire décider que la veuve a fait acte de communière ou que l'habile à succéder a fait acte d'héritier ». Si tel est uniquement l'objet de cette action, on comprend les doutes émis sur la durée de la prescription par Poullain du Parc, et on comprendrait encore mieux qu'il eût adopté franchement le point de vue de Valin.

Une autre critique de la prescription bretonne fut faite par Brillou, dont nous avons cité l'ouvrage, le « Dictionnaire des Arrêts », V^o Recelé. Il voulait voir adopter le délai de vingt ans, consacré par la jurisprudence parisienne. La règle du Parlement de Bretagne n'est, à ses yeux, qu'un « méchant usage », « sans ombre de raison » et qui va « contre tous les principes du droit ». « Il sera bon, ajoute Brillou, d'avertir le public qu'après avoir consulté nos meilleures êtes, Monsieur le Premier Président et le Parquet, l'on a résolu d'établir une maxime contraire ».

Quel était ce puissant « On » qui, après s'être entouré des avis les plus éclairés, prenait ainsi une décision absolument contraire à celle du Parlement de Rennes? Brillou n'a point jugé à propos de lever son incognito.

L'influence de ce « On » ne dut être ni profonde, ni durable.

En effet, le 7 décembre 1815, la Cour de Cassation, Chambre des Requêtes, ayant à interpréter la ci-devant coutume de Bretagne, jugeait que la veuve renonçante ne pouvait plus être recherchée pour recel, après un laps de temps de cinq ans — Rép. Dall., V^o Contr. de Mar., n^o 2229.

SECTION TROISIÈME

LA PÉNALITÉ

1°. — AUX 14 ET 15^e SIÈCLES

Nos premiers praticiens s'étaient trouvés, nous l'avons vu, fort embarrassés de définir le recel, lorsqu'il s'était présenté à eux. L'embarras n'existe pas moins quant à la sanction dont il convient de frapper ce délit.

Dans le doute, on s'était abstenu. C'est, du moins, ce qu'enseigne Philippe de Beaumanoir, dans ses « Coutumes de Beauvoisis », éd. Salmon, ch. 13, Des Douaires, n° 456. Il écrit en effet : « ...nous avons vu en aucuns lieux, la où il a esté soufert par débonaireté qu'ele (la femme) en portait bien autant ou plus de muebles comme il demeurait as oirs ou as exécuteurs... », alors que la femme, dans l'espèce était renonçante.

Que fait Beaumanoir ? Il essaie d'empêcher ce qu'il juge blâmable ; il ne crée point de peine. Lorsque l'affaire vint devant lui, « en jugement, à Clermont », il décida, « soit que la dame vueille partir as muebles et as detes, ou soit qu'ele i renonce », qu'elle ne pourrait emporter que quelques objets à son usage personnel. Mais aucune sanction n'était prévue pour le cas où ces prescriptions ne seraient point observées.

La sanction fut créée par le Parlement de Paris.

En 1308, le Parlement prive « du droit de communauté » (sic) une femme convaincue de recélé. Cette privation ne portait que sur les biens recelés. Sur les autres, la femme conservait sa part, mais, elle devenait acceptante forcée. — Cité par PITHOU, sur l'article 83 de la Coutume de Troyes.

biens que le Parlement distingue : acceptation forcée, donc paiement des dettes communes, sur la masse de biens non recelés ; privation du droit que la femme tient de sa qualité de commune, sur la masse des biens que ladite femme a tenté de recéler.

Il y a donc une double pénalité, correspondant aux deux masses de

Cette jurisprudence est confirmée dans un arrêt de Paris, de 1309, analysé ch. 1^{er}, sect. 1^{re}, par. 1^{er}. — « Olim », t. III, 1^{re} part., n° 71. — La femme coupable de recelés et d'omissions dans l'inventaire est privée de sa part dans les biens recelés et omis.

Le 7 mars 1313, le Parlement de Paris était appelé à se prononcer dans une espèce où le mari était coupable de recel, et non la femme. — analysé, eod. loc. « Olim », t. III, 2^e part., n° 45. — Le délit prétendu par les adversaires du mari consistait en recélé, et diminution d'actif commun par destruction de titres de créances.

Le texte porte en effet : « ...super eo quod dicti heredes (ceux de la femme) plura dampna se dicebant sustinuisse per factum dicti Huardi (Huardus Hapart, l'époux survivant) ex eo quod idem Huardus quendam papirum, in quo continebantur plura nomina debitorum dictorum Huardi et Ysabellis (l'épouse défunte) in ignem projecit et comburi fecit... » Les faits, d'ailleurs, furent mal vérifiés : « ...super dictis bonis recelatis et dampnis, inventum fuit dictam inquestam non esse omnino completam ». Mais ce qui nous importe ici, c'est de connaître la sanction applicable. Pour les créances communes détruites par combustion, une amende : « Huardus fuit nobis in mille libris Turonensibus condemnatus... » et des dommages-intérêts à fixer après enquête : « ...precepit curia nostra quod, de dampnis predictis que dicti heredes dicebant se incurrisse, racione dicte combustionis, ac de bonis predictis, ut dicitur, recelatis, que ad nos pro dimidia et ad dictos heredes pro alia parte, per curiam nostram fuerunt adjudicata, inquireretur veritas vocatis evocandis... » En somme, l'époux coupable est privé de toute part dans les biens recelés : une moitié en est confisquée, l'autre moitié attribuée aux héritiers de la femme.

Le début du 14^e siècle nous apporte donc la double pénalité devenue, par la suite, classique en matière de recel : acceptation forcée; privation de part.

Mais, vers la fin du 14^e siècle, apparaissent des formules beaucoup moins nettes. Dans le recueil intitulé « Coutumes notoires et jugées au Châtelet de Paris », contenant des règles établies, vers 1370, dans des enquêtes par turbes, la sanction applicable au recel est brièvement visée. Nous lisons, au n° 139 du recueil : « Homme et femme mariés, si le survivant prend les meubles du trépassé, il est tenu de payer les dettes communes d'eux deux ».

Il n'est plus question là de privation de part, comme dans les arrêts de 1308, 1309, 1313. Et même, s'agit-il d'une pénalité? N'est-ce

point là seulement la conséquence de l'appréhension par le survivant des « meubles du trépassé » ? Au Moyen-Age, en effet, « meubles sont le siège des dettes ». Si donc le survivant s'empare des meubles du prédécédé, il doit être tenu des dettes, un peu comme, dans notre droit moderne, est tenu l'acheteur d'un immeuble hypothéqué.

Cependant, pour la femme, ce sera tout de même une peine, puisque, si elle veut renoncer à la communauté, elle n'en sera pas moins tenue des dettes, ce qui rend sa renonciation sans intérêt.

Cette notion de peine apparaît nettement dans un recueil contenant des arrêts de cette époque, les « Quaestiones Joannis Galli ». On y trouve des décisions du Parlement de Paris depuis 1384, jusqu'à 1414. Notre matière est traitée à la question 131.

Elle est traitée autrement que dans les « Coutumes notoires ». Alors que, dans ce dernier recueil, on y présente le paiement des dettes communes par l'époux survivant comme une simple conséquence de sa mainmise sur les « meubles du trépassé », dans la Question 131 de Jean le Coq, se trahit la préoccupation pénale. Il y est dit : « Vidua celans bona perdit beneficium renunciandi societati, sed non societatem, etiam in celatis ».

A l'appui de cette règle, Joannes Gallus cite un arrêt que l'on date généralement de 1387 : « dictum fuit pro domino de Flammingo de Crèvecueur, contra Joannem de Courtenay, dominam quondam de Crèvecueur, viduam domini Draconis de Crèvecueur, fratris dicti domini Flammingi, quod non uteretur beneficio renunciacionis per eamdem factae, post mortem mariti sui supradicti de mobilibus et debitis communibus, inter eam et quondam maritum ejus supradictum, tempore mortis ipsius mariti. Et fuit ratio, ut credo, quia ante ejus renunciacionem, bona ceperat et celaverat. Tamen, fuit dictum quod partem suam haberet in bonis mobilibus communibus inter virum et eam, tempore mortis viri sui, etiam celatorum per eam partem haberet ».

Cet arrêt ne se contente pas de passer sous silence la question de privation de part, comme l'avaient fait les « Coutumes notoires ». Il nous apprend que, « tamen », cependant, la femme eut sa part de communauté, même dans les biens qu'elle avait recelés, « etiam celatorum per eam... » Ce « tamen », cet « etiam » semblent indiquer que cette solution bienveillante n'était pas conforme à la jurisprudence parisienne de l'époque ou, au moins, qu'elle n'avait triomphé que difficilement.

Nous pouvons comparer cet arrêt de 1387 aux solutions qui avaient cours généralement alors.

Nous trouvons d'abord le « Grand Coutumier de France », achevé par Jacques d'Ableignes, vers 1388. Mais ses termes sont moins nets que ceux de Joannes Gallus et la règle qui nous intéresse n'apparaît que dans deux des manuscrits sur les sept que nous possédons. Cinq d'entre eux, en effet, portent seulement que « la dame noble et vivant noblement peut renoncer aux meubles et aux dettes, en acceptant son douaire, lequel elle aura franchement, mais garde soi qu'elle ne prenne aucun bien, tant soit petit... ». Les deux autres manuscrits ajoutent à ce texte : « car, qui prend les meubles, il est tenu de payer les dettes, obsèques et funérailles du décédé ».

Perte du bénéfice de la renonciation, mais aucune privation de part.

La « Somme Rural » de Jean Boutillier, qui est des environs de 1395, est muette également sur la privation de part. Il est vrai que Boutillier ne traite que des vols commis par la femme durant le mariage — liv. 1^{er}, tit. 99.

De ce qu'il n'est point question de privation de part dans les décisions de la fin du 14^e siècle, il n'en faut pas conclure qu'à cette époque on ne connaissait plus cette pénalité.

D'abord, il faut remarquer que, dans toutes les espèces qui viennent d'être analysées, il ne s'agit pour la femme que de sa renonciation.

Or, que désire la femme qui renonce ? Ne point être tenue des dettes communes, étant entendu qu'elle n'aura aucune part dans l'actif de la communauté.

Si la femme commet un recélé, la sanction qu'on lui infligera sera de considérer sa renonciation comme sans valeur : elle sera tenue, dès lors, des dettes communes. Quant à la privation de part, c'est une autre question qui se pose également dans le cas où la femme accepte et même dans celui où c'est le mari qui est coupable de recélé. On comprend donc que, placés en face d'hypothèses de renonciation, les praticiens de la fin du 14^e siècle aient surtout songé à la perte du bénéfice de la renonciation.

Et l'on ne peut pas ne point méditer cette réflexion de Le Prestre sur la note du Dumoulin, relative à la question 131 de Jean le Coq : « ...du Moulin note, écrit Le Prestre, que non solum in celatis, sed in totum privatur, ut dixi, inquit in Consuet. Paris. 115. Ce qui, à mon jugement, se doit entendre lorsqu'elle a accepté la communauté et qu'elle a recélé quelque chose dans l'inventaire. Car, autrement,

renonçant à la communauté, quel intérêt aurait-elle? Ou bien quelle peine lui serait-ce d'être privée des biens auxquels elle ne demandait rien?

II° — AU 16^e SIÈCLE

Les Coutumes. — La diversité la plus grande règne parmi les coutumes. Mais l'essentiel de nos pénalités s'y trouve contenu, soit la déchéance du bénéfice de la renonciation, soit la privation de part, soit les deux ensemble, soit la peine du parjure.

La Coutume de Paris punissait le recel de deux manières différentes, mais dans les deux cas la sanction n'est présentée dans le texte que d'une façon indirecte.

L'art 237 (rédaction de 1580) dispose : « Il est loisible à toute femme... de renoncer... après le trépas de son mari, à la communauté des biens d'entre elle et son dit mari, la chose étant entière : et, en ce faisant, demeurer quitte des dettes mobilières dues par son dit mari au jour de son trépas, en faisant bon et loyal inventaire. »

L'article 228 de la dite coutume décide : « Le mari ne peut, par contrat et obligation faits devant ou durant le mariage, obliger sa femme sans son consentement, plus avant que jusques à la concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent de la communauté; pourvu toutefois qu'après le décès de l'un des conjoints, soit fait loyal inventaire et qu'il n'y ait ni faute ni fraude de la part de la femme ou de ses héritiers. »

Le sens de ces textes ressort de leur lecture.

L'article 237 signifie que, faute d'un inventaire loyal, la renonciation de la femme est considérée comme non avenue, et l'article 228 ajoute seulement qu'en pareil cas la femme pourra être tenue, envers les créanciers communs, pour une somme supérieure à celle qu'elle retire de la communauté. En somme, la Coutume de Paris, en sa rédaction de 1580, ne prévoit pas la privation de part. Elle édicte simplement la déchéance du bénéfice de la renonciation et, en seconde ligne, la perte du bénéfice d'émolument.

C'est la même sanction en Bourgogne. La coutume, rédigée en 1459, réformée en 1575, décide, IV, 21 : « Et s'il est trouvé que lesdites femmes... aient soustrait ou recelé aucuns des biens communs entre leurs maris trépassés et elles, en ce cas, elle seront tenues de payer la moitié desdites dettes, nonobstant ladite renonciation. »

La Coutume de Nivernais est plus complète, mais moins précise. Aux articles 14 et 15 du chapitre XXIII, nous lisons : « La veuve demeure quitte des dettes de la communauté... quand elle renonce... en présence du juge ordinaire du lieu... et fait serment solennel de mettre en évidence les biens délaissés par son dit feu mari pour en faire inventaire. Et s'entend ce qui est dit, pourvu que ladite veuve ne s'entremette après ladite solennité, ès biens dudit défunt, sinon pour les mettre en évidence comme dit est, quand sommée et requise en sera, pour faire l'inventaire... Et, s'il est trouvé que lesdites veuves aient recélé aucuns des biens du défunt, audit cas, elles seront tenues à payer leur part desdites dettes, nonobstant lesdites renonciations; et si seront punies du recèlement et du parjure. »

A lire ce texte, il semble que la peine soit triple. Déchéance du bénéfice de la renonciation, comme à Paris et en Bourgogne; puis « recèlement » et « parjure ». Guy Coquille, le commentateur de la Coutume de 1534, écrit cependant, dans ses « Questions sur les Coutumes », au n° 119, qu'il y a « double (et non triple) peine du recèlement, l'une en ce que nonobstant sa renonciation, elle (la femme) est réputée commune en biens », l'autre en ce qu'elle « doit être privée de la part qu'elle a ès-dits biens recelés ».

C'est notre sanction classique, celle de l'arrêt de Paris de 1308.

Mais le plus grand nombre des coutumes ne contenaient que la sanction relative à la déchéance du bénéfice de la renonciation : Calais, article 38; Vermandois, article 26; Melun, article 217; Bourgogne-Comté, 42; Bar, 92; Normandie, 394; Châlons, 31; Artois, 163.

Quelques-unes édictaient également la privation de part : Orléans, article 204; Grand-Perche, 105.

Enfin d'autres prévoyaient des pénalités particulières. Ainsi, la Coutume de Reims, article 274, référerait l'option qui appartenait à la femme, aux héritiers de son mari : « Perd aussi la femme ledit choix... Auquel cas est à l'héritier dudit mari lui bailler tel choix qu'il lui plaît. » —

La Coutume de la Rochelle employait, dans son article 47, une formule qui pouvait paraître très sévère. Après avoir édicté la perte du bénéfice de la renonciation, le texte ajoute que la femme « ne peut plus demander ses droits de mariage ». A la lettre, cela reviendrait à priver la femme de ses douaire, dot et conventions matrimoniales et même du droit qu'elle a de partager la communauté, qui est également un droit de mariage. Ce serait réduire la femme à ses seuls biens pro-

pres, dans la mesure où ils ne sont pas absorbés par le paiement des dettes communes. Mais nous ne pensons pas qu'il faille prendre à la lettre nos anciens textes coutumiers et risquer, sous prétexte d'interprétation, de fausser complètement la pensée de leurs auteurs.

En Bourbonnais, outre la double pénalité classique, la Coutume, article 246, rédigée en 1493, punissait la femme de dommages-intérêts.

La Coutume de Lille, article 48, édictait une sanction qui se rapproche de celle que l'on pourrait déduire de la lettre du texte de La Rochelle. La femme coupable de recel perdait son douaire et ses dot et conventions matrimoniales.

De cet ensemble se dégage l'impression que nous donnions au début de ces développements : grande diversité entre les textes, mais similitude sur les points essentiels de la sanction.

Les Arrêts. — Une décision du Parlement de Paris antérieure à la rédaction de la Coutume, puisqu'elle est du 21 juillet 1502, donnait la solution qui avait cours à la fin du 14^e siècle : déchéance du bénéfice de la renonciation et rien de plus. Cet arrêt est rapporté au « Grand Coutumier de France », dans deux des sept manuscrits que nous avons conservés — loc. cit.

Même après la première rédaction de la coutume, c'est encore cette seule pénalité de l'acceptation forcée qui est prononcée par le Parlement de Paris : 24 juillet 1567. — Bouchel, loc. cit.

Mais, dans les provinces, la décision n'est plus la même.

En Bretagne, si le survivant omettait de porter en l'inventaire « les lettres et contrats d'acquêts », il était privé « d'iceux et de leurs effets » — arrêt du 10 octobre 1562, rapporté au « Journal du Parlement de Bretagne », en note sous un arrêt du 29 janvier 1739.

A Dijon, c'est la privation de part dans les objets recelés. La femme perd ainsi « la communion qu'elle aurait aux meubles » et même les bagues qu'elle avait dissimulées : arrêt du 26 mai 1570. — « Recueil » de Bouvot, t. 1^{er}, 3^e part., v^o Femme.

Le Parlement de Dijon allait même beaucoup plus loin dans un arrêt rendu quelques jours plus tard, le 5 juin 1570. Non seulement il déclarait la femme privée de toute part dans les biens recelés, mais encore il décidait qu'elle serait déchue de ses « gains nuptiaux », ce

qui comprenait vraisemblablement le douaire et les gains de survie. — « Recueil » de Perrier, t. II, p. 289.

Mais, comprenant peut-être qu'il y avait là un précédent bien rigoureux, le Parlement de Dijon décidait, par arrêt du 29 juillet 1577, que la femme ne pourrait « être empêchée en la demande de ses droits ». — Bouvot, op. cit., t. 1^{er}, 2^e part., v^o Dr. matrim.

On venait peu à peu à la pénalité qui allait devenir classique dans notre droit.

Le Parlement de Paris lui-même, abandonnant ses solutions indulgentes de 1502 et de 1567, prononçait la privation de toute part dans les biens recelés, non pas même contre le coupable, qui était mort pendant l'instance, mais contre son héritier. C'est ce que décidait un arrêt rendu le 14 mai 1580, rapporté par Charondas, — op. cit.

Cependant, peu de temps après, il revenait à son ancienne jurisprudence, dans toute une série d'arrêts, qui nous ont été rapportés par Charondas — op. cit. — et Choppin — « Commentaire sur la Coutume d'Anjou », III, II, 2, 18 : 27 février 1581 ; 27 janvier 1582 ; 23 juin 1582 ; 6 juin 1584.

Dans toutes ces décisions, nous ne trouvons plus que la déchéance du bénéfice de renonciation.

Au « Recueil » de Louet — Lett. R, somm. I, par. 1^{er} — nous trouvons d'autres arrêts, rendus à la fin du 16^e siècle, qui confirment cette jurisprudence : 10 février 1587 ; 13 février 1588 ; 31 décembre 1594.

Ces derniers arrêts ne sont mentionnés par Louet qu'en tant qu'ils prononcent la déchéance du bénéfice de renonciation, et ils figurent en effet au § 1^{er} du somm. I qui ne traite que de cette question.

Au § 2^e de ce même sommaire, Louet traite de la « peine » du recélé et il explique qu'elle consiste en la privation de toute part sur les biens divertis. Cela signifie évidemment que des arrêts en avaient jugé de la sorte.

Il n'en reste pas moins que, mise à part la décision de 1580, la jurisprudence parisienne restait fidèle, dans son ensemble à la fin du 16^e siècle, à l'indulgence qu'elle manifestait depuis l'arrêt de 1387.

Les textes de coutumes, nous l'avons vu, contredisent, en grande partie cette jurisprudence. Quant aux auteurs, nous allons voir chez eux la même incertitude.

Les Auteurs. — Dans la première partie du 16^e siècle, nous constatons l'apparition d'une pénalité particulièrement rigoureuse, allant jusqu'à la privation entière du droit.

Chassaneus, qui commente, en 1523, la Coutume du Duché de Bourgogne, écrit, Rubr. IV, cap. 21 — « ...In hoc casu, non solum privantur rebus occultatis mulieres, sed in totum privantur beneficio abstinendi se a bonis acquisitis et mobilibus, et a solutione debitorum pro parte occultata, sed in totum tenentur pro earum parte ».

Cela, c'est la sanction classique que nous connaissons. Mais Chassaneus ne cite point de décisions qui en jugent ainsi et nous avons vu, en sens contraire, deux arrêts du Parlement de Bourgogne, datant, il est vrai, de 1570 et de 1577. Au reste, ces arrêts ne sont pas non plus conformes au texte même de la coutume que Chassaneus commentait.

La région voisine du Nivernais semblait, avons-nous dit, connaître une pénalité triple : acceptation forcée, « recèlement », « parjure ». Guy Coquille, nous l'avons montré également, ne considère la sanction que sous son double aspect : acceptation forcée et privation de part — op. cit.

Le commentateur, abandonnant le texte qu'il explique, recourt au Droit « des Romains » pour justifier la sanction dont il vient de parler. Et il fait porter sa justification, non point sur l'acceptation forcée, mais sur la privation de part, comme si c'était précisément là le côté le plus délicat et le plus controversé. Cela n'est pas pour nous surprendre.

Selon le Droit Romain, dit Guy Coquille, celui qui, « à son escient, ment en une affaire, il perd tout le privilège qui lui était octroyé en cette affaire ».

Jamais Rome n'avait connu ce principe, au moins formulé d'une manière aussi générale. Le Droit Romain ne donnait cette solution que pour quelques espèces que Guy Coquille rappelle à l'appui de la règle qu'il pose, « ...l'héritier ne retient pas la Falcidie sur la chose qu'il a niée être héréditaire, non plus que de la chose qu'il a recélée et distraite » — l. computationi, ult. ff ad leg. falcid. Celui qui est associé qui a le privilège de n'être tenu sinon en tant que bonnement il peut faire, perd ce privilège, s'il nie être associé : — l. sed hoc ita, ff de re judicata. Celui qui, pour le dommage que la bête a fait, peut être quitte en délaissant la bête pour le dommage, perd cet avantage s'il nie la bête être sienne. l. Interdum, ff si quadrupes pauper. fecisse dicatur. Celui qui a nié être possesseur pour éviter d'être convenu (convenire, assigner) par revendication, perd le privilège de la possession,

qui est transféré à sa partie adverse, s'il est prouvé qu'il fut possesseur. l. ult. ff de re vendita. »

C'est de l'ensemble de ces décisions que Guy Coquille a tiré le principe que celui qui, « à son escient, ment en une affaire, il perd tout le privilège qui lui était octroyé en cette affaire. »

Quant à l'autre peine du « recèlement », la privation de part, elle n'est point l'application d'un principe général. Elle est « particulière au cas ». Mais elle est toujours « prise dudit droit des Romains », selon lequel « celui qui a part et portion en une chose, s'il la recèle et cache pour frustrer celui qui y a portion, il perd la portion qu'il y avait. — l. rescriptum; l. heres qui... ff de His quib. ut indign; l. Paulus si certarum ff ad Senat. Trebell ». Sorte de peine du talion que Rome connaissait en effet en matière successorale. « Il semble, conclut Guy Coquille, que la veuve qui a recélé et détourné aucuns des biens doit être privée de la part qu'elle a ès-dits biens recelés, non pas de la part qu'elle a en tous les autres — dicta lege Paulus et l. l si duae res ff quorum legatorum — l. ex facto ult. ff de vulg. et pupill. substit. » Et notre auteur tire enfin un argument du texte « de la coutume (celle qu'il commente) de l'an 1534, au chapitre des Douaires, art. 2. »

Nous venons de voir un excellent auteur coutumier, commentant des règles applicables à une institution purement coutumière, à savoir la communauté, faire intervenir, dans sa discussion une profusion de textes romains qui font honneur à son savoir.

Mais ces textes, visant des institutions radicalement différentes de celles dont il est ici question ne pouvaient que jeter la confusion dans le débat, alors surtout que l'on prétendait leur demander, non pas même une direction ou une base, mais des règles positives sur des points déjà traités par les coutumes. Aussi, ne soyons pas étonnés si les lois romaines conduisent, pour une même question, à des solutions contradictoires. Reprenons en effet le « Commentaire » de Chassaneus sur la coutume de Bourgogne, antérieur d'une dizaine d'années à celui de Guy Coquille. Après avoir donné la solution classique, dont nous avons parlé au début de ce paragraphe, Chassaneus indique la controverse sur la sanction « Ubi disputat an occultans res hereditarias privatur pro parte occultata, an in totum et dicit (il s'agit du glossateur Alexandre) quod communis est opinio quod privatur in totum : quae est propter sancimus, in aut. de her. et falc... » Il ne s'agit là que de pur Droit

Romain, mais on voit où pourra mener cette discussion lorsque l'on raisonnera par analogie en matière de communauté.

Les auteurs qui suivent de près la jurisprudence indulgente du Parlement de Paris ne traitent que de l'acceptation forcée. Ils la justifient, tant par le texte même de la coutume parisienne que par les lois romaines, qui semblent, en la matière, un auxiliaire indispensable. Le Prestre et Charondas expliquent que la coutume exige, pour permettre à la femme de renoncer valablement, que la « chose soit entière », c'est-à-dire que la femme n'ait rien pris ni recélé, et qu'elle ait fait « bon et loyal inventaire ». « Questions notables de droit décidées par plusieurs arrêts de la Cour du Parlement », Cent. 1^{re}, ch. 4, n° 3; et « Commentaire » sur Paris, 237. Si la chose n'est plus entière, concluent nos auteurs, la femme perd son bénéfice de renonciation, « par argument tant du texte de la coutume, que de la loi si servum, 70, par. praetor ait, ff de acquir vel. omitt. haered. En conséquence, elle est tenue envers les créanciers communs, à l'exemple de l'héritier qui est tenu envers les créanciers héréditaires. — l. ult. Cod. de jure delib ».

Il n'est point jusqu'au féodal Bertrand d'Argentré qui ne subisse l'emprise profonde du Droit Romain. Ecrivant sur l'article 415 de la Coutume de Bretagne, il donne à l'action qui naît du recel son nom romain. « ...Sed interversio rerum amotarum actionem potius parit quam in communem redigat actiones semel exutas et detersas renuntiatione, qd Bart. Cyn. et Jas. not. l. I, Cod. de rep. haered... » — gl. III, n° 3.

Dumoulin donne une solution franchement différente. Elle s'inspire peut-être de la discussion dont Chassaneus parle en son commentaire précité. « Non in celatis tantum, écrit Dumoulin, sed in totum privatur qui occultat aut negat hoc justum et non duplo tantum, quia praesumitur expilasse », — sur la Quest. 131 Jo. Gall. et sur l'article 115, in Consuet. Paris. — La femme ne serait donc plus privée seulement de sa part dans les biens recelés, mais de sa part dans tous les biens de communauté, recelés ou non.

Remarquons qu'il n'y a point d'arrêt qui soit allé aussi loin dans la sévérité, mais quelques textes de coutumes sont conformes à cette manière de voir : Lille et, peut-être, La Rochelle.

Avec le « Traité des Droits de Justice » de Bacquet, ch. 21, n° 64, nous avons une sorte de résumé et de vue d'ensemble sur la pénalité du recel. « On a accoutumé, écrit-il, priver la femme ou le mari... qui a recélé des biens de la communauté... droit, part et portion qui

lui appartenait ès-biens recelés, et adjuger le total de la rente ou d'autres biens recelés au demandeur, ...non pas qu'on prive de toute la communauté celui qui en a recélé partie. Aussi, on n'a pas accoutumé le condamner en l'amende envers le roi pour recélé, ou bien pour le parjure (quoique nous ayons appris le contraire par Bouchel, ch. 1^{er}, sect. 2^o), outre la restitution des biens recelés. Et l'action du recélé intentée contre la veuve... n'empêche point la répétition des dot et conventions matrimoniales de la femme, ni le paiement de son douaire. »

Bacquet se prononce, en somme, pour la sanction classique et écarte toutes les solutions divergentes qui étaient prônées ou qui avaient cours au 16^e siècle.

L'incohérence qui se manifeste dans notre matière depuis le 14^e siècle ne doit pas être attribuée seulement à l'état primitif de la technique juridique ou à l'absence de l'esprit de synthèse. Il y a un point qu'il faut bien noter : c'est que nous considérons comme formant un tout intellectuellement indivisible, le délit de recel et la double sanction qui l'accompagne, acceptation forcée et privation de part. Notre ancien droit n'eut point cette vue systématique. Lorsque la question de renonciation est seule posée, on la résout seule, sans se dire qu'il s'agit de recel et qu'une autre peine doit être envisagée. C'est pourquoi les auteurs, étudiant la renonciation de la communauté, indiquent, parmi les cas dans lesquels elle n'est pas valable, celui du recel. Mais, comme ils ne traitaient pas du recel en tant que tel, ils ne se demandaient pas s'il y avait en même temps une autre pénalité.

C'est là une idée qu'il faut avoir toujours présente à l'esprit, si l'on veut s'expliquer l'incohérence qui se manifeste, aux 14^e, 15^e et 16^e siècles, dans la répression. Ainsi, dans la question 131 de Joannes Gallus, dont nous avons parlé, il ne s'agit pas d'une étude du recel en soi. L'auteur, qui fait son métier d'arrêviste, rapporte simplement une décision rendue dans une affaire qu'il analyse. Il met en évidence le point important : la validité d'une renonciation à la communauté. Et, à propos de cette validité, il explique pourquoi, selon lui, la femme perdit la possibilité de renoncer. « Et fuit ratio, *ut credo*, quia... » La raison de cette déchéance, c'est le recel. Encore, Joannes Gallus n'en est-il point complètement sûr. L'arrêt ne le dit pas et l'arrêviste ne peut pas être affirmatif : « ...*ut credo*... ».

Et cet arrêt de 1387, qui est, pour tous les auteurs, anciens ou modernes, une étape dans l'histoire du recel, reprend pour nous sa

physionomie réelle : un incident dans l'évolution de la communauté, rien de plus. Il est toujours mauvais de vouloir découper l'histoire en tranches.

Cas particulier de l'héritier, 15^e et 16^e siècles

Nous avons constaté combien était considérable l'influence du Droit Romain sur nos juristes de la Renaissance, même en des matières purement coutumières, comme le régime de communauté.

On raisonnait surtout par analogie avec la situation de l'héritier, bénéficiaire ou non, qui voulait frauder les légataires ou les fidéicommissaires.

La perte du bénéfice d'inventaire existe, dès le milieu du 15^e siècle, aux pays de droit écrit. Jean Masuer nous enseigne — « *Practica forensis* », tit. 32, n^o 64 — que si l'héritier « obmet quelque chose en l'inventaire par fraude ou malice, il perd le bénéfice d'iceluy... »

Au siècle suivant, quelques coutumes contiennent sur ce point une disposition précise.

La Coutume d'Artois, rédigée en 1509, consacre à l'héritier bénéficiaire son article 79 : « ...Mais si ledit héritier a, par son inventaire, priserie et compte, recelé aucuns biens du trépassé, dont il ait profité, il est réputé héritier simple; et si est tenu à toutes dettes ». C'est ce même texte qui, à peine modifié par l'adjonction de l'article « es », entre « toutes » et « dettes », prit le numéro 82 dans la rédaction de 1540 et le numéro 113 en 1544.

Comme en Auvergne et en Artois, la coutume de Normandie, article 95, et celle de Bretagne, article 574, prononcent contre l'héritier bénéficiaire coupable la déchéance de son bénéfice. Et Dumoulin, commentant l'article 79 de la Coutume d'Artois, approuve cette sanction : « *Peccavit (sous-entendu : haeres) contra speciale beneficium* », écrit-il.

Cependant, tout était matière à controverse dans notre domaine. Un jurisconsulte romanisant, qui écrivit en Allemagne, vers 1590, six livres « *Controversiarum juris* », se demande, au chapitre 37 du 4^e livre, quelle était la sanction à prononcer contre l'héritier bénéficiaire coupable de fraude en l'inventaire.

Ce juriste, qui avait pris le nom de FACHINEUS, intitule son chapitre 37 : « *De haerede qui non omnes res in inventario scripsit, an amittat inventarii beneficium?* ». Et, tout aussitôt, il ouvre le débat :

« *Insignis est controversia si haeres non omnes res scripsit in inventario... sciens, prudensque... utrum amittat inventarii beneficium, an vero in duplum tantum teneatur rei omissae.* »

Un texte semble, dès l'abord, formel en faveur de cette dernière solution, c'est le paragraphe *licentia, in lege ult.*, Cod. de jure delib. Et, d'autre part, la loi *si vero postquam*, Cod. eod. tit., visant le cas de l'héritier qui n'a point fait du tout inventaire dans le temps fixé, le punit en le privant du bénéfice d'inventaire.

On ne peut tout de même punir l'héritier coupable de recel plus sévèrement que celui qui n'a pas fait inventaire. Donc, il ne peut être question de lui appliquer simultanément la peine du double et de la déchéance. Il faut choisir.

Et Fachineus, reprenant un raisonnement qui avait été celui de Dumoulin, pour les femmes, déclare que l'héritier qui commet un recel se rend par là même indigne du bénéfice que la loi lui accordait.

Puis, jouant du raisonnement a fortiori, notre jurisconsulte prétend qu'il est impossible d'appliquer la peine de déchéance, prévue par Justinien contre l'héritier qui omet de souscrire l'inventaire, même s'il est fidèle, à celui qui souscrit un inventaire qu'il sait infidèle.

Enfin, reprenant le paragraphe « *Sancimus* », qui prévoit la peine de déchéance contre l'héritier qui ne fait pas inventaire dans le temps imparti, Fachineus va raisonner par analogie. Si l'héritier est déchu de son bénéfice lorsqu'il n'a point fait son inventaire en temps voulu, il doit être également déchu lorsqu'il ne l'a pas fait selon la forme et la manière prescrites. Or, la manière de faire cet inventaire est d'y inscrire tous les biens de la succession et de s'abstenir de toute fraude. « *Ergo, si modus non servetur, haeres inventarii commodum et beneficium amittet.* »

Tout cela posé, le problème n'est pas résolu. En effet, il est acquis que l'héritier bénéficiaire qui commet un recélé perd son bénéfice; il n'en reste pas moins que le paragraphe « *Licentia* » prononce, en pareil cas, la condamnation au double; et il est acquis également que l'on ne peut appliquer simultanément les deux pénalités.

Notre subtil Fachineus va donc tenter une conciliation entre ces divers principes. Selon lui, le paragraphe « *Licentia* » vise le cas où les légataires et les créanciers héréditaires veulent prouver que l'héritier a recélé tels biens de la succession, sur lesquels ils entendent précisément être payés. Dès lors, s'ils font cette preuve, l'héritier sera tenu

sur ces biens-là d'une restitution au double. Mais si les créanciers et les légataires prétendent simplement que l'héritier a fait un inventaire frauduleux, ils obtiendront contre lui la déchéance du bénéfice d'inventaire, mais non pas la peine du double. Distinction subtile et intéressante, en ce qu'elle montre jusqu'où pouvait aller l'habileté juridique chez les auteurs nourris aux sources romaines.

Mais sur le terrain positif — qui était celui de Fachineus, ne nous y trompons pas — que vaut cette distinction? Elle n'est faite que parce que Fachineus croyait avoir à sortir d'un dilemme. « Uno enim loco, écrit-il (lex Justiniani), statuit haeredem poena dupli coerendum propter dolum et malignitatem. Alio loco, commodo ac beneficio inventarii mulctandum. Cum igitur promptum sit leges legibus concordare — l. I, Cod. de inoff. dot. — dicendum est haeredem privari ex causa de qua agitur, commodo inventarii, nisi creditores et legatarii elegerint aliam viam, nempe demonstrandi ac probandi alia esse in haereditate bona praeterea quae descripta sunt in inventario; ad hoc, ut ex eis satisfiat, neque dolose illa haeres lucrifaciat : tunc enim, electa illa via, ex rebus celatis creditoribus et legatariis satisfiet, et praeterea poena dupli haeres multabitur. »

Tous les auteurs français du 16^e siècle se heurtèrent à la difficulté qu'avait tenté, non sans élégance, de résoudre Fachineus. Mais ils ne l'imitèrent pas.

Cujas — loc. cit. — ne veut frapper de déchéance que l'héritier qui n'observe pas les formes prescrites, mais non celui qui recèle. Contre celui-là, il conclut seulement à la restitution des objets divertis.

C'était également l'opinion soutenue par le Président FAVRE. — « De erroribus pragmaticorum », II, ch. 6.

Bacquet admettait aussi qu'il y avait lieu à restitution, mais il ajoutait à cette pure réparation une amende, qui donnait à la sanction un caractère pénal accentué. — « Traité des Droits de Justice », XXI, 61. — Il cite à l'appui « un arrêt », pour lequel il ne fournit aucune référence.

Louet — loc. cit. — penchait pour la déchéance du bénéfice d'inventaire.

Un jurisconsulte romanisant, Nicolas Valla, dont nous avons déjà mentionné les « De rebus dubiis et quaestionibus in jure controversis tractatus viginti », se place devant le même dilemme que Fachineus et tente, comme lui, une conciliation entre les multiples textes qui s'offrent sur notre question. — Tract. sext., VII. — Il applique la

déchéance dans les rapports de l'héritier avec les créanciers de la succession et la restitution au double dans ses rapports avec les légataires.

Conciliation non moins subtile et non moins artificielle que celle tentée par Fachineus et qui présente uniquement un intérêt historique.

AU 17^e SIÈCLE

A. — EPOUX

Texte législatif. — Nous savons déjà que l'Ordonnance de janvier 1629 contenait, en son article 127, une sanction contre l'époux coupable de recel : l'acceptation forcée.

« Tous ceux qui se trouveront avoir recélé ou détourné biens de la communauté à laquelle ils voudront renoncer, avant ou après ladite renonciation, seront tenus des dettes de ladite communauté, nonobstant leurs dites renonciations, sans en pouvoir être relevés par lettres, et ne sera aucune veuve reçue à prendre ladite communauté par bénéfice d'inventaire. »

L'acceptation forcée est la seule sanction qui soit prévue dans ce document législatif.

Nous savons, d'autre part, combien le 16^e siècle fut flottant sur cette question de pénalité.

Une telle précision dans un texte législatif allait-elle entraîner la jurisprudence et les auteurs? Essayons de répondre.

La Jurisprudence. — Les premiers arrêts que nous rapporte Louet — « Recueil », Lett. R., somm. I, §§ 3 et 4 — prononcent la peine que l'on devait retrouver dans le Code « Michaud » : 12 avril 1603; 29 mars 1615. Le Parlement semble modifier son point de vue dans une affaire Vise contre Bouchardeau. Mais s'il prononce, dans cette espèce, la peine de privation de part, c'est que le coupable était le mari survivant et qu'il ne pouvait être question pour lui d'acceptation forcée : arrêt du 30 avril 1621. La même sanction était prononcée, dans l'affaire Bellengreville, contre l'héritier du coupable : arrêt du 12 août 1623. — Cf. ch. 1^{er}, sect. 2^e.

La privation de part est également appliquée par le Parlement de Dijon, dans un arrêt du mois d'août 1625 — rapporté par Perrier, « Recueil » cité, t. II, p. 285.

Mais le Parlement de Bordeaux ne prononçait que l'acceptation forcée, si l'on en croit Maichin, qui, dans son commentaire de la Coutume de Saint-Jean-d'Angély, tit. IX, art. 7, ch. 1^{er}, cite un arrêt du 14 décembre 1624.

Après la publication de l'Ordonnance de 1629, le Parlement de Paris revient à sa première solution : acceptation forcée. Il juge ainsi dans une affaire Huet, confirmant, le 26 mars 1630, une sentence du sénéchal de Civray. Il prononce même cette peine contre un homme, héritier de la coupable : affaire Guy Noël, arrêt du 8 septembre 1630 ; comme une telle pénalité ne frappe ordinairement que la femme, le bailli de « Saint-Marcel-les-Paris », n'avait pas osé l'appliquer à l'héritier de la coupable. Sa sentence, du 1^{er} février 1625, fut infirmée de ce chef.

En somme, pendant le premier tiers du 17^e siècle, les divers Parlements hésitent entre les deux éléments de la pénalité qui, par la suite, deviendra classique.

Mais, il y a des cas où l'on s'écarte du droit commun et où l'on aggrave la sanction dans de notables proportions. C'est ainsi qu'une femme qui méditait sa séparation, et qui, à cet effet, avait commencé à opérer ses détournements, constante matrimonio, non seulement « fut déboutée de ses lettres de séparation », mais encore fut privée du droit de réclamer la restitution de sa dot. Et cela se passait en Normandie, où il était de tradition que les dots des femmes ne se pussent perdre. Seulement, comme nous l'apprend Basnage, le recel se présentait dans des conditions particulièrement odieuses, étant donné la préméditation et c'est pourquoi la femme fut punie « fort sévèrement » : arrêt du 2 février 1636 — sur l'article 394 de la Coutume de Normandie.

Quelques années plus tard, le Parlement de Paris ajoute, lui aussi, une peine à la sanction habituelle : le 13 août 1641, outre la privation de part, que le Code « Michaud », nous le rappelons, ne prévoyait pas, il condamnait la coupable « à aumôner une somme au pain des prisonniers, pour la peine du recélé » — ouvr. cit. de Louet, loc. cit.

La rigueur dans la répression se marque sur un autre terrain : sur celui de l'application même de la peine. Un époux coupable est privé dit-on, de sa part dans les biens divertis. A prendre cette règle à la lettre, on devrait l'entendre ainsi : l'époux perd sa part sur les biens

qui devaient lui revenir en tant qu'époux commun en biens. Mais, il devrait conserver ceux qu'il reçoit à un autre titre. Or, ce principe ne fut pas admis. Le Parlement de Dijon décidait expressément, dans un arrêt du 5 mai 1655, que l'épouse coupable perdrait sa part dans les biens recelés, même dans ceux qu'elle tiendrait d'un don mutuel. Le Parlement de Paris faisait sienne cette solution, dans une décision du 15 mai 1656 — *Journal des Audiences*, t, 1^{er}, liv. 8, ch. 37 — dont il est fait état dans RICARD — « Du don mutuel », I, V, 4, n° 209.

En 1666, le Parlement de Normandie, dans le Règlement qu'il édictait, ne prévoyait que la double peine : acceptation forcée, art. 83; privation de part dans les « meubles recelés », art. 84.

Mais, un arrêt de règlement ne pouvait fixer la jurisprudence, puisqu'aussi bien l'Ordonnance de M. de Marillac avait échoué sur ce point.

Le Parlement de Dijon, accentuant ses rigueurs, décidait, le 15 juin 1670, que la femme coupable serait privée, non plus seulement de sa part dans les objets recelés, mas de sa part dans tous les « biens de la communauté conjugale. » — Perrier, loc. cit.

Le Parlement de Paris ne suivait pas celui de Dijon dans cette voie hasardeuse, mais il maintenait sa jurisprudence sur la privation de part dans le don mutuel : 8 août 1672 — Ricard, loc. cit.

Le Parlement de Bordeaux, au contraire, se montrait, si l'on en croit La Peyrère, très indulgent. « La loi Paulus répondit, écrit celui-ci dans ses « Décisions », Lett. R, n° 32, n'est pas gardée apud nos. » Et il cite à l'appui une décision rendue à Marmande, au mois d'août 1676, dans une affaire Du Mirail. La veuve coupable n'était point privée de sa part dans les objets divertis, mais seulement condamnée à en faire la restitution, ce qui était un minimum.

A Paris, on persistait dans la voie rigoureuse suivie depuis l'Ordonnance de 1629, qui décidait justement le contraire. Un arrêt du 1^{er} septembre 1681, assez mal rédigé, condamnait les héritiers du coupable à payer une somme de 6.000 livres, « pour la peine des effets recelés ». — *Journal du Palais*, t. II, p. 253.

Il arrivait parfois que les premiers juges lassent plus loin que ne l'aurait voulu le Parlement. On le vit dans une espèce que rapporte Renusson — « *Traité de la Comm.* », 2° part., ch. II, n° 38 — Une damoiselle Renée Mary, veuve de Jean du Parc, avait commis un recel pour avantager trois de ses filles au détriment de la quatrième, Anne,

mariée à un sieur Pierre Huber. Anne et son mari attaquèrent la veuve de Jean du Parc. Et, « il y aurait eu, écrit Renusson, sentence rendue par le juge du comté de Laval, le 14 décembre 1683, par laquelle Renée Mary ...aurait été déclarée déchue et privée de sa part dans la communauté » — et non pas seulement dans les objets recelés. Elle perdait également l'usufruit que la coutume du Maine lui attribuait sur la moitié des biens de son mari et on allait jusqu'à l'interdire sur la part qui devait revenir à Anne du Parc dans sa future succession, c'est-à-dire qu'elle ne pouvait en aucune façon disposer de cette part au préjudice de ladite Anne.

On voit à quel degré de sévérité certains juges étaient parvenus. Le Parlement de Paris ne réforma que sur le chef relatif à la privation de part. Il décida, en 1686, que cette privation ne porterait que sur les biens recelés, non sur toute la communauté.

C'est encore cette pénalité qu'il prononçait dans un arrêt rendu le 20 juin 1695 — cité par Maillart, sur l'art. 163 de la Coutume d'Artois.

Les Auteurs. — Devant l'état chaotique de la jurisprudence, les docteurs se sont trouvés embarrassés. Non point qu'ils aient avoué ne pas pouvoir donner un tableau d'ensemble. C'est une attitude qu'ils n'ont jamais. Au contraire, ils ont brossé de larges peintures aux contours accentués qui, lorsque nous les examinons, nous paraissent se rapporter à quelque état tout théorique d'une jurisprudence construite dans le silence du cabinet.

Nos docteurs du Grand Siècle — c'est surtout à eux que nous pensons en ce moment — avaient pourtant d'autres prétentions. Certains croyaient avoir découvert une « loi des trois états » dont ils n'étaient pas peu fiers. Commentant la Coutume de Paris, Duplessis et Eusèbe de Laurière nous apprennent qu'il y eut « trois états différents » — t. 1^{er}, liv. II, ch. 3, not. h. — « 1^o Anciennement, écrivent-ils, l'on ne privait pas la veuve, qui avait recélé, de sa part dans les effets recelés, comme on peut le voir par un arrêt rapporté à la quaest. 131 Joannis Galli : la femme qui a recélé est déclarée commune, mais elle a sa part dans les effets de la communauté, même dans ceux qu'elle a divertis. La note marginale de Dumoulin qui renvoie à l'article 115 de l'ancienne coutume, montre que cela n'avait plus lieu à son époque. 2^o Puis, on prend le contre-pied, et non seulement, on prive le conjoint de sa part dans les objets recelés, mais de sa part entière dans la com-

munauté : Cout. Paris, 115. — Cout. Anjou, III, 3, I. n° 19, arrêt du 14 mai 1580 rapporté par Choppin — Bacquet, Droits de Justice, XXI, 64. 3° L'on a pris enfin un tempérament juste et raisonnable, en privant le conjoint de sa part seulement dans les objets recelés ».

Voilà le tableau d'une jurisprudence idéale, évoluant conformément à des règles logiques qui participent quelque peu du mouvement pendulaire : d'abord, excès d'indulgence, puis, excès de rigueur, enfin « tempérament juste et raisonnable ».

Mais d'abord, de Laurière, qui passe pour un des rares juristes historiques du 17^e siècle, aurait peut-être dû prendre la précaution de vérifier ses citations. Bacquet, qu'il range sous la bannière des rigoristes, a écrit ceci, au ch. 21, n° 64 : « ...on a accoutumé priver la femme, ou le mari... qui a recelé des biens de la communauté... droit, part et portion qui lui appartenait ès biens recelés... non pas qu'on prive de toute la communauté celui qui en a recelé partie. » Tout commentaire est inutile. De même Choppin, qui invoque en effet un arrêt du 14 mai 1580, se prononce pour la privation de part dans les biens recelés.

Et ensuite, tout cela n'empêchera pas l'annotateur de Renusson de copier presque mot pour mot l'analyse de Laurière — op. cit. add. au ch. II — Il ira même jusqu'à prétendre que Choppin a cité cet arrêt de 1580 pour « confirmer » la thèse de Dumoulin.

Enfin, nous voyons ce que peut valoir une vue d'ensemble, même donnée par des auteurs considérables, lorsqu'ils se bornent à invoquer deux ou trois décisions qui appuient leur thèse, laissant tout le reste de côté, sans doute à titre d'exception...

D'ailleurs, si nous nous reportons aux développements que Louet, au début même du 17^e siècle, consacrait à cette question, nous constatons qu'il voyait les choses comme elles étaient. A la lettre R, sommaire 48, il conclut en conseillant de ne « pas s'étonner si cette question a été diversement décidée par tant de grands docteurs et laissée quasi comme irrésolue au Palais. » « D'autant, ajoute-t-il, qu'en France toutes nos peines sont arbitraires; pendent omnino ex judicantium arbitrio; et cette privation de la part aux choses recélées étant au lieu de la peine du délit, est jugée ex variis causarum circumstantiis, selon que l'on connaît le dol qualifié, bien vérifié, -accompagné de grandes particularités (sic) et il est difficile d'en faire une règle bien certaine. »

Nous reconnaissons là l'imprécision que nous avons signalée lorsque

nous avons étudié le « Fait incriminé ». C'est l'époque où l'on dit qu'il faut « faire distinction du simple recélé non qualifié d'avec celui fait per dolum et fallaciam et fraudandi animo. » Et nous pouvons alors nous demander comment on peut parler « d'états de la jurisprudence », alors que l'on ne sait même pas exactement ce qu'il faut entendre par recel.

Comme Louet, Renusson a bien compris certains points de notre difficile matière. Laissons son annotateur et sa loi des trois états et relisons le « Traité de la Communauté », 2^e partie, chapitre II, nn. 7 et suivants. Pour expliquer la double sanction, celle qui devient classique à la fin du siècle, Renusson distingue selon que la femme est en conflit avec les héritiers de son mari ou avec les créanciers communs. Ces derniers, qui n'ont rien à voir dans le partage, ne peuvent demander qu'une chose : que la femme soit déclarée commune, afin qu'elle soit leur débitrice. Quant aux héritiers du mari, ils auront qualité pour réclamer contre la femme la privation de sa part « aux choses recélées » et pour se faire attribuer ladite part.

Seulement, il ne faut pas oublier qu'en tant qu'ils sont tenus des dettes communes, les héritiers ont intérêt à voir priver la femme de son bénéfice de renonciation.

Et nous ne pouvons pas alors diviser les arrêts en deux catégories : d'un côté, ceux qui, statuant sur la demande des créanciers, prononcent l'acceptation forcée; de l'autre ceux qui, rendus en faveur des héritiers du mari, privent la femme de toute part dans les biens recélés.

Il n'y a là qu'une distinction intéressante du point de vue doctrinal et qui fait honneur à Renusson. Mais il expose lui-même combien les auteurs sont divisés sur ce point. Vis-à-vis des créanciers communs, certains auteurs tiennent pour la simple restitution des effets divertis, d'autres pour la condamnation de la veuve au paiement de la moitié des dettes communes, d'autres pour la condamnation au paiement de toutes les dettes de communauté, « par manière de dommages-intérêts et de peine civile », d'autres enfin pour la condamnation au paiement de la « valeur des choses recélées et de tout ce qu'elle pourrait avoir amendé des biens de a communauté. »

Devant cette abondance d'opinions, Renusson conclut, comme naguère Louet, que « nous n'avons pas de jurisprudence bien établie qui ait réglé cela précisément. »

Son avis, il le donne, après avoir étudié les divers textes de coutumes; il écrit, au n^o 12, loc. cit. : « La peine civile qu'on pourrait raison-

nabement prononcer contre elles (les femmes) serait de les rendre tenues, à l'égard des créanciers, du paiement de leur dû... particulièrement lorsque le mari n'a point laissé d'héritiers et que les héritiers présomptifs ont renoncé à sa succession et que les biens du mari qui paraissent ne sont pas suffisants pour payer les créanciers. » Et si les héritiers du mari ont accepté sa succession, ils vont se joindre aux créanciers dans l'action intentée contre la femme coupable de recel. On la contraindra à restituer aux héritiers frustrés les objets qu'elle a divertis. D'autre part, vis-à-vis des créanciers, elle est considérée comme ayant « fait acte de commune » ; elle perd donc le droit de renoncer et est tenue des dettes de communauté. Mais est-elle tenue de ces dettes pour moitié ou seulement jusques à concurrence de son émolument ? Selon Renusson, « il n'y a point sur cela de jurisprudence bien certaine ». — n° 18 — Puis, il ajoute : « Ce qu'on peut dire, c'est que la femme qui a renoncé à la communauté, ne prenant rien dans la communauté, et restituant les choses recélées..., les héritiers du mari ne peuvent prétendre contre elle, outre les choses recélées, que la peine du recélé qui se résout en dommages-intérêts. »

En somme, la femme a voulu renoncer. En raison de son recélé, elle est réputée commune dans ses rapports avec les créanciers de la communauté. Mais, dans ses rapports avec les héritiers du mari, elle est toujours considérée comme renonçante, c'est-à-dire qu'elle ne prendra rien de la communauté, ainsi qu'elle en avait manifesté la volonté en renonçant, elle devra seulement restituer les objets divertis et payer des dommages-intérêts qui constituent la peine du recélé. Il ne saurait être question de privation de part, puisque la femme a renoncé à ses droits dans la communauté.

Ce que nous venons d'exposer, ne l'oublions point, c'est l'opinion de Renusson. Nous voyons qu'il réserve un traitement très particulier et assez favorable à la femme renonçante, coupable de recel, puisqu'il se demande même si elle conserve son bénéfice d'émolument.

En ce qui concerne la femme acceptante, Renusson se rallie aux solutions courantes : perte du bénéfice d'émolument — n°s 23 et 30 — privation de part — n° 34.

Il apparaît donc bien que Renusson a soigneusement distingué selon que la femme avait accepté, ou non, la communauté. En cas d'acceptation, la peine classique de privation de part. En cas de renonciation, des dommages-intérêts, « plus ou moins considérables, si le recélé est

plus ou moins qualifié, *ex variis circumstantiis* », comme avait déjà dit Louet — op. cit n. 18.

La jurisprudence contemporaine de Renusson n'avait pas consacré cette théorie séduisante; elle était plus franchement répressive, nous l'avons vu. Mais cette courte analyse donnée de quelques passages de Renusson achève de nous éclairer sur cette loi des trois états aux limites bien nettes, aux contours dessinés, que Laurière avait cru discerner dans l'évolution de la jurisprudence française.

B. — HERITIER

Textes législatifs. — Deux édits du 17^e siècle ont consacré une disposition au cas de l'héritier par bénéfice d'inventaire, coupable d'omissions frauduleuses. Le premier est l'édit perpétuel de 1611. Son article 34 décide que, dans le cas où ledit héritier omettrait quelques-unes des formalités prescrites par la loi, il serait réputé héritier pur et simple.

Même décision dans l'Ordonnance de janvier 1629, article 128 : « Nul ne sera reçu à se dire et porter héritier par bénéfice d'inventaire.. qu'il n'ait fait sceller... et qu'il n'ait fait bon et loyal inventaire... Et, s'il se trouve avoir pris quelque chose de ladite succession, avant lesdites lettres entérinées, sans autorité de justice, ...sera tenu des dettes du défunt comme s'il était héritier pur et simple. »

L'Ordonnance de 1629 prévoit, outre les formalités préalables, le cas où l'héritier commettrait un divertissement et elle prononce contre lui la déchéance du bénéfice, lors bien même que l'inventaire aurait été fait correctement.

Jurisprudence. — Avant que ces textes législatifs ne fussent publiés, certains Parlements se montraient moins sévères à l'égard de l'héritier bénéficiaire. Ainsi, le Parlement de Normandie ne prononçait point la déchéance du bénéfice par cela seul que toutes les formalités n'avaient pas été remplies. Il fallait encore que l'on prouvât, à la charge de l'héritier, des fraudes et, en particulier, un recélé : Arrêt du 10 avril 1601; Arrêt du 7 mars 1607.

Avant que ces textes législatifs ne fussent publiés, certains Parlements se montraient moins sévère à l'égard de l'héritier bénéficiaire. Ainsi, le Parlement de Normandie ne prononçait point la déchéance du bénéfice par cela seul que toutes les formalités n'avaient pas été

remplies. Il fallait encore que l'on prouvât, à la charge de l'héritier, des fraudes et, en particulier, un recélé : Arrêt du 10 avril 1601 ; Arrêt du 7 mars 1607.

Le Parlement de Paris suivait cette jurisprudence. Il prononçait, le 21 mars 1605, la déchéance du bénéfice d'inventaire contre un héritier mineur de vingt-cinq ans, en raison des « dol, fraude et malversations » dans la confection de l'inventaire et dans la gestion. V. Louet, « Recueil » cité; lett. H., somm. 24.

Même décision, le 16 mai 1605 — DESPEISSES, « Des Successions », part. III, sect. 2, n° 31 — et le 31 août 1661 — Boucheul, sur l'article 278 de la Coutume de Poitou.

Cependant DEBEZIEUX, continuateur de BONIFACE, rapporte, dans ses « Arrêts du Parlement de Provence », liv. VI, ch. 7, § 5 — une décision tout à fait discordante. C'est un arrêt du 15 février 1694, rendu dans une affaire Sanfon. René Sanfon, sieur de Chammartin, avait assigné Claire Bérengière, veuve et héritière par bénéfice d'inventaire de Pierre Martin, pour omission dans l'inventaire. Le lieutenant de Toulon prononça contre elle une peine de 100 livres, mais lui conserva son bénéfice d'inventaire.

Sur appel du sieur de Chammartin, Claire Bérengière fut condamnée, par le Parlement d'Aix, à remettre dans l'hérédité de son mari une somme de 200 livres; mais, sur le bénéfice d'inventaire, la sentence du lieutenant de Toulon fut maintenue. En effet, le Parlement de Provence avait, en matière de recel, une jurisprudence traditionnelle : il condamnait au double des effets divertis; mais il conservait au coupable son bénéfice d'inventaire.

A lire Debézieux, on pourrait croire que le recel de l'héritier bénéficiaire était sanctionné de deux façons différentes, suivant que le Parlement saisi appartenait aux régions coutumières ou aux pays de droit écrit.

Une telle vue serait inexacte. La France du nord a connu, au cours du 17^e siècle, les mêmes controverses qu'à l'époque antérieure, touchant la sanction à appliquer à l'héritier bénéficiaire coupable de recel.

Une solution très indulgente est préconisée par le « Praticien Français », de DESMAISONS — liv. II, ch. 73 — qui veut que l'héritier soit seulement tenu de restituer ce qu'il a pris aux créanciers de la succession.

Mais la peine du double, qui trouve sa justification au Code de Justinien — de jure delib., l. 22, 10 — et qui avait été préconisée par

divers auteurs du 16^e siècle, est encore considérée par Jacques GODEFROY, dans son commentaire sur ce texte, comme devant être appliquée « ...poena haeredis rem haereditariam occultantis duplum ».

Boucheul, le commentateur de la Coutume du Poitou, rapporte les différentes opinions en présence, sous l'article 278. « Il passe néanmoins à présent dans l'usage, écrit-il, comme en maxime, que l'héritier qui a recélé et n'a pas fait un inventaire fidèle... ne se peut pas servir du bénéfice d'inventaire, et est, en conséquence, tenu des dettes comme héritier pur et simple, puisqu'il a péché contre les règles de l'inventaire. » Usage des pays coutumiers seulement. Boucheul ajoute lui-même, à propos de la règle qu'il rapporte : « ...on n'en convient pas en termes de droit » et il cite, à l'appui, toute la cohorte des romanisants.

Au reste, chez les Romanistes eux-mêmes, l'unité, non plus, n'a pu se faire. Restitution pure et simple, restitution simple avec amende, restitution au double, voilà ce que nous y trouvons. Chacun invoque le texte romain qui sert le mieux la thèse qu'il a cru devoir adopter et, pour sortir du labyrinthe, certains auteurs de bonne volonté élaborent des distinctions pour concilier tous les textes dont on fait état en la matière.

Renusson, quoique jurisconsulte coutumier, sacrifie au goût du jour et nous offre une dissertation sur les lois romaines, au sujet de l'héritier bénéficiaire. Pour faire triompher la thèse de la déchéance, il fait appel à l'Authentique — *si vero non fecerit inventarium* — qui a, écrit-il, « en quelque façon, corrigé le paragraphe final *licentia* du titre « de jure deliberandi », au Code. L'Authentique, en effet, décide que « l'héritier qui n'aura point fait d'inventaire ou qui aura fait quelque fraude sera tenu de payer entièrement tous les legs et dispositions testamentaires, quand même ils excéderaient les biens de l'hérédité, et qu'il ne pourra pas retenir la quarte falcidie. »

Mais Renusson n'est pas du tout un auteur romanisant. Il déclare en effet — loc. cit., n^{os} 24 sqq. — qu'il « n'est même pas besoin d'avoir recours au Droit Romain dans les choses auxquelles notre droit Français a pourvu. Or, nous avons plusieurs coutumes qui disent que l'héritier par bénéfice d'inventaire qui recèle et soustrait des biens de l'hérédité est réputé héritier pur et simple. »

Et, sur ce terrain, la position de Renusson était d'autant plus forte que le Droit Romain pouvait justifier et justifiait, en effet, les solutions les plus diverses. A la fin du siècle, alors que le Parlement d'Aix

demeurait fidèle à la peine du double, le Parlement de Montpellier l'avait complètement abandonnée — Despeisses, op. cit.

Lorsque la question du recélé se posait indépendamment du bénéfice d'inventaire, entre plusieurs co-héritiers, la solution devait être plus simple : privation de part dans les effets divertis. Le Parlement de Paris en jugeait ainsi, le 7 septembre 1603, en conformité de la loi Paulus respondit, 48 ff ad Senatusc. Trebell., si souvent invoquée. — « Recueil » cité de Louet, lett. R, somm. 48.

Cependant, le Parlement de Dijon se montrait beaucoup plus indulgent. Il n'ordonnait que la restitution au simple, en y ajoutant les intérêts du jour de la spoliation : Arrêt du 3 août 1629, rapporté par Perrier — « Recueil » cité, t. II, 285.

A cette même époque, le Parlement de Paris accentuait sa sévérité, comme il le faisait en matière de communauté. Le 27 juin 1630, il rendait un arrêt aux termes duquel les héritiers coupables étaient condamnés à perdre leur part, non seulement dans les objets recelés, mais encore sur tout ce qui pouvait leur revenir dans la succession; de plus, ils devaient restituer, non seulement ce qu'ils avaient soustrait, ce qui était naturel, mais encore les effets de la succession qu'ils détenaient à un titre quelconque ou qu'ils « délaissaient d'avoir par dol et fraude. » — Louet, op. cit., lett. R, somm. I, 4°.

Cette solution demeurait particulière à Paris. Le Parlement de Dijon, fidèle à son indulgente solution de 1629, condamnait un héritier coupable d'avoir diverti quelques meubles, au simple paiement d'une somme d'argent, dans l'espèce 1.800 livres : Arrêt du 23 décembre 1652. Mais, le 25 juin 1676, il allait jusqu'à priver de la totalité de son legs un légataire coupable de recélé. — Perrier, loc. cit.

A Bordeaux, il semble que l'indulgence était devenue un procédé de répression. L'arrêt d'août 1676, donné à Marmande, et dont il a déjà été question, décidait que l'héritier coupable de recel ne perd même pas ses droits dans la chose recélée. — La Peyrère, loc. cit.

A Rouen, la question avait été âprement discutée — Cf. Ch. 1^{er}, sect. 3° — Mais l'arrêt du 6 juillet 1678 jugeait que, bien que le Règlement de 1666 n'eût visé que la veuve, la peine de privation de part dans les objets recelés serait applicable à l'héritier.

IV°. — AU 18° SIÈCLE

A. — EPOUX

Contre l'époux survivant qui fait dresser un inventaire infidèle ou qui commet des divertissements, le 18° siècle trouve une sanction très efficace et surtout très protectrice des intérêts des héritiers du prédécédé : la continuation de la communauté, si ceux-ci le demandent.

Pénalité qui trouve sa base juridique dans le texte même de la coutume de Paris. Puisque la communauté n'est dissoute que s'il y a bon et loyal inventaire, elle ne sera pas réputée dissoute s'il y a omission ou recélé.

Cependant, un acte de notoriété du Châtelet de Paris, en date du 18 janvier 1701, cité au « Recueil » de Denisart — V° Continuation de Communauté — semble faire supposer que l'usage à Paris était contraire.

Mais les pays de droit écrit où l'on pratique la communauté ont adopté cette sanction depuis un arrêt du 3 août 1712. Et le Parlement de Paris ne tardait pas à se rallier à cette jurisprudence. Il l'appliquait même avec rigueur dans une espèce jugée en 1725, et où il fut décidé que la communauté continuerait uniquement parce que « le nombre des marcs de la vaisselle d'argent » était demeuré en blanc dans l'inventaire. Puis, le 4 mars 1727, un arrêt de Règlement du Parlement de Paris allait jusqu'à permettre aux héritiers du prédécédé de demander la continuation de la communauté au cas où il y aurait eu, de la part du survivant, non pas même recel, mais simplement oubli. — cité par l'annotateur de Renusson, add. au ch. II, n° 7 — Les décisions se succèdent régulièrement pendant tout le cours du 18° siècle : Sentence du Châtelet, 12 mars 1747; Arrêts du Parlement de Paris des 4 septembre 1747 et 7 septembre 1758.

Une seule question fit difficulté. Accorderait-on aux héritiers majeurs le bénéfice de la continuation de la communauté? Denisart se prononçait pour la négative, sans donner de raison — loc. cit. — Mais un arrêt du Parlement de Paris du 16 janvier 1761, confirmant une sentence du Châtelet, décida, d'une manière générale, que la communauté continuerait, en cas de recel, que les héritiers fussent majeurs ou mineurs.

La double pénalité classique qui se dégage très lentement à la fin

du 17^e siècle, se fixe assez solidement au 18^e : acceptation forcée, privation de part dans les effets recélés.

Les Parlements jugent, en général, ainsi. Paris, 12 août 1702 — rapporté par l'annotateur de Lebrun, op. cit. n° 23 —; Paris, 20 mai 1706 — rapporté par Maillart, sur l'art. 163 de la Coutume d'Artois; Dijon, « semestre de la Saint-Martin 1728 », à ce que dit Perrier, loc. cit., et 30 juin 1731; Rennes, 17 janvier 1720 et 13 mai 1747 — au « Journal du Parlement de Bretagne », éd. de Poullain du Parc, à leur date.

Mais il était dit que la France de l'Ancien Régime ne connaîtrait point l'unité de jurisprudence.

Le Parlement de Bordeaux, qui avait érigé l'indulgence en principe, décidait que la « seule (peine) qu'on inflige (au coupable) est de représenter les effets qu'on prouve avoir été soustraits, ou leur valeur ». — Salviat : « Jurisprudence du Parlement de Bordeaux », v° Recélé. — Si c'est là une peine, on peut en dire, avec Valin, commentant l'article 47 de la Coutume de La Rochelle : « Ce n'est pas assez ». Il serait plus convenable, selon lui, de condamner la veuve au paiement du double...

Enfin, au 18^e siècle, se posa une question importante du point de vue de la sanction. La femme coupable a, par hypothèse, des reprises à exercer. Peut-elle les faire porter sur les biens qu'elle a divertis?

Non, selon Lebrun, « attendu que ce serait éluder la peine légale de la privation de sa part dans les choses recélées ». En effet, la femme perd tout droit sur les effets par elle recélés; elle ne peut plus y toucher, pour quelque raison que ce soit. Mais, que décider si la communauté se réduit à ces seuls biens recélés? La femme pourra, alors, faire porter ses prélèvements sur ces biens, car, « la priver d'exercer ses remplois sur la communauté ce serait établir une subrogation de peine que la loi n'autorise pas. Or, les peines se doivent exécuter de la manière que la loi ordonne ». Quoique le mot peine figure à chaque instant dans l'exposé de Lebrun, la solution qu'il propose implique plutôt attribution exclusive et hors-part des biens divertis à la personne que le coupable a voulu frustrer, comme s'il s'agissait d'évaluer forfaitairement les dommages-intérêts à lui attribuer. Mais, nous ne pouvons insister sur cette question purement doctrinale. Nous n'avons pas le droit d'interpréter, avec nos conceptions et notre terminologie moderne, les solutions des anciens. La distinction que nous

faisons presque sans y réfléchir entre le civil et le pénal n'avait pas, au 17^e et au 18^e siècles, la netteté qu'elle a aujourd'hui.

D'ailleurs l'opinion rigoureuse de Lebrun n'était point partagée par tous les jurisconsultes de son temps. Il dit lui-même que trois thèses étaient en présence sur cette question — op. cit. n^o 35.

Selon la première, le conjoint coupable « est privé absolument de son emploi sur les choses recélées ». Selon la deuxième, « il n'en est point du tout privé et il prend son emploi sur le total des choses recélées comme sur les autres effets ». D'après la troisième opinion, l'époux coupable « prend seulement son emploi sur la moitié de l'autre conjoint, non sur celle qui lui aurait appartenu dans le recélé qu'il a commis et qui est accrue à l'autre conjoint ou à ses héritiers ».

Malgré le caractère absolu des termes employés par Lebrun, il semble bien qu'il se soit rallié à cette dernière opinion. Il écrit, en effet, que la femme doit faire porter ses reprises « sur les effets non recélés auxquels elle a part, ensemble sur la moitié des effets recélés qui appartiennent au mari de son chef ».

Valin, dans son commentaire sur la Coutume de La Rochelle, fréquemment cité, n'a point pris parti. Mais la solution qu'il rapporte est intéressante, en ce qu'il la considère comme « une autre peine du recélé » — sur l'art. 47, dict. loc. — « Celui qui a recélé, écrit-il, est privé de plein droit de sa portion dans les choses recélées, lesquelles sont acquises pour le tout à ceux contre lesquels les recelés ont été faits; de manière qu'ils les prennent hors part, sans les faire entrer dans le partage de la communauté ou de la succession ».

Voilà qui est extrêmement net : il y a attribution à la personne lésée, comme pour réparer le préjudice.

Mais Bourjon affirme à peu près le contraire de ce qu'enseignait Valin. «...Cette peine du recélé, écrit-il, op. cit. ch. VI, n'empêche pas la veuve d'exercer ses reprises sur les effets par elle recélés, mais elle ne peut le faire qu'après avoir épuisé les autres : ordre même qui paraît assez indifférent, puisqu'il faut qu'elle soit remplie de ses reprises. Cela a été ainsi jugé au parc-civil, moi plaissant... En effet, par le recélé ils (ces effets) sont regardés comme propres du mari; ils sont donc toujours le gage des reprises de la veuve. » On voit que l'attribution exclusive et hors-part peut conduire à des résultats bien différents, selon la manière dont elle est envisagée, Comme Valin, Bourjon admet l'attribution des biens recélés par la femme au mari comme

propres. Mais précisément parce qu'ils sont devenus des propres, ils vont servir de gage aux reprises de la femme coupable. La différence entre les deux thèses ne s'aperçoit que lorsque c'est le mari qui est coupable de divertissement. En pareil cas, suivant Bourjon, les biens qu'il a recélés deviennent propres pour la femme et, dès lors, en vertu des règles générales de la communauté, le mari ne pourra plus faire porter de reprises sur eux.

Denisart, dans sa « Collection de Décisions nouvelles », v° Recelé, adopte l'opinion de Lebrun. « Quoique la veuve soit privée, dit-il, du droit qu'elle avait sur les effets détournés, elle peut cependant subsidiairement exercer ses droits et ses reprises sur ces mêmes effets, si les autres biens ne suffisent pas pour la remplir ». « Il y a cependant des auteurs qui prétendent, ajoute-t-il, que quand la femme qui a recelé est créancière, il se fait une confusion de plein droit en sa personne, qu'on la présume payée par ses mains et qu'en conséquence on ne lui réserve aucune action pour répéter ce qui pourrait lui être dû de ses conventions matrimoniales. » Une telle présomption devait avoir un caractère absolu, puisque, en se fondant sur elle, les auteurs en questions n'autorisaient la femme à faire aucun prélèvement, ce qui aggravait singulièrement le caractère répressif de la sanction. Notons au reste que cette peine — car c'en est une — conduit au même résultat que l'attribution exclusive et hors-part des biens recélés à l'époux lésé, attribution qui, pour nous, est une forme de réparation civile de préjudice.

B. — HERITIER

La sanction à appliquer à l'héritier pur et simple n'était pas une au 17^e siècle; nous n'avons même pas pu discerner une tendance dominante.

Le Droit Romain, en effet, était de beaucoup plus de poids en matière successorale qu'en matière de régime de communauté, institution purement coutumière. Et la multiplicité des lois romaines que l'on ne savait plus comment interpréter ajoutait à l'incohérence.

Au 18^e siècle, les controverses ne sont pas éteintes.

Le Parlement de Bourgogne applique la sanction classique : privation de part aux objets recélés, arrêt du 13 février 1727. — Perrier, loc. cit.

Mais le Parlement de Bretagne, s'il ne créait point de pénalité nou-

velle, se montrait particulièrement sévère sur la façon même d'appliquer la sanction. Deux personnes avaient détourné des meubles appartenant à leur mère, et du vivant même de celle-ci. Un des créanciers de cette femme prétendit alors avoir pour débiteurs, en plus de la mère, les deux fils. Il se fondait sur l'article 574 de la Coutume qui déclare tenu des dettes de l'hérédité l'héritier coupable de recel. Les enfants répondaient que l'article 574 était étranger au débat, puisqu'il ne vise qu'une hérédité ouverte et que leur mère était encore bien vivante. À quoi le créancier répliquait que les deux fils s'étaient, « par anticipation », rendus héritiers de leur mère par leur détournement. Point de vue inadmissible et anti-juridique. Le Présidial de Nantes l'admit cependant, et non seulement il condamna les deux fils à payer la créance en question, mais encore il ajoutait à leur charge des dommages-intérêts : 22 mai 1734. Sur appel, le Parlement de Rennes confirmait la sentence et prononçait encore en plus une peine d'amende contre les infortunés « héritiers par anticipation » : du 5 août 1737 — Journal du Parlement de Bretagne, à sa date.

À Toulouse, on en restait aux règles romaines. En cas de recel d'effets héréditaires, l'héritier était condamné à les restituer en nature ou en valeur, sans pouvoir retenir ses « quartes », dût-il payer sur ses biens propres la valeur des objets divertis. — MAYNARD, « Arrêts du Parlement de Toulouse », liv. V, ch. 62.

Mais la question qui demeura le plus vivement discutée jusqu'à la fin de notre ancien droit, c'est celle de la peine à infliger à l'héritier par bénéfice d'inventaire.

Si nous en croyons FURGOLE — « Traité des Testaments », ch. VI, sec. 3, nn. 180 sqq. — le conflit entre la loi Scimus et la Nouvelle I, ch. 2 de Justinien, c'est-à-dire entre la peine du double et la déchéance du bénéfice, ne fut point résolu.

Ce conflit donnait encore lieu à un partage, à Toulouse, en 1740, « dans un procès entre la dame de Chapelier, épouse de M^e Reboul, juge de Villeneuve-les-Avignon, et le sieur Buliod ». Un certain nombre de conseillers voulaient condamner l'héritier coupable de recel « en la somme de 500 livres, à quoi ils arbitraient la valeur des objets recelés ». Les autres, conformément à la Nouvelle, voulaient priver l'héritier de son bénéfice d'inventaire et le condamner « à payer indéfiniment ce qui était dû à la dame de Chapelier par l'hérédité ». L'accord amiable des parties empêcha le partage d'être judiciairement résolu.

Au Parlement de Grenoble, on appliquait la loi Scimus et l'on condamnait à la restitution au double des effets divertis. — « Arrêts » d'EXPILLY, ch. 169.

Furgole, dans l'ouvrage cité, a fort bien analysé l'objet des deux textes qui se partageaient la faveur de nos Parlements. « La loi Scimus, écrit-il, ...veut que l'héritier qui a recélé et n'a pas fait coucher sur l'inventaire certains effets héréditaires soit condamné au double de la valeur des effets recelés; et la nouvelle I, ch. 2, règle bien la forme de l'inventaire et déclare que, si l'héritier ne l'observe pas, il soit tenu comme héritier pur et simple envers les créanciers et les légataires, tout comme s'il n'y avait point d'inventaire, et permet aux intéressés de faire la preuve des latitations que l'héritier peut avoir faites; mais elle ne règle point la peine qui doit être infligée à cause des latitations. »

Furgole semble avoir raison historiquement. La loi Scimus et la Nouvelle répondaient à deux buts différents. L'une punit le détournement; l'autre établit des prescriptions de forme. Le non respect de l'une de ces prescriptions de forme peut ressembler à certains cas de détournement. Cela ne suffit pas pour ne pas reconnaître la différence fondamentale qui existe entre ces deux textes. Et nous voyons ce qu'il faut alors penser des efforts prodigieux d'ingéniosité déployés, au 16^e siècle, par des juristes comme Fachineus ou Nicolas Valla pour tenter une impossible conciliation entre deux lois d'objet si différent.

Néanmoins Furgole ne se prononce pas en faveur de l'application de la loi Scimus. C'est parce que « les lois qui infligent les peines du double, du triple et autres ne son point observées parmi nous. » Et il lui « semble que l'avis de Bacquet est le plus conforme à l'esprit du Droit Romain, en l'accommodant à nos usages. » Furgole incline donc vers la resitution au simple, avec amende, car « le recélé ne doit pas demeurer impuni ».

Et il concluait très sagement sur le conflit apparent des deux textes : « On ne peut point induire des dispositons de la nouvelle I, ch. 2, qu'elle entend déclarer l'héritier qui recèle déchu du bénéfice d'inventaire. En ne fixant point la peine du recélé, elle s'en rapporte à la peine fixée par la loi 22... », c'est-à-dire à la loi Scimus.

Debezieux, qui rapporte la jurisprudence de Parlement de Provence, abonde dans le même sens. — loc. cit. — « Le recèlement fait par l'héritier, écrivait-il, n'a d'autre peine que le paiement de la valeur au double des effets recelés, suivant la loi Scimus, Cod. de jure delib. Et la nouvelle de haereditate, cap. 2, n'abroge pas cette loi :

car elle n'oblige l'héritier au paiement entier des legs et fidéicommiss qu'au cas qu'il ne fasse pas l'inventaire en la forme ordinaire qui y est prescrite, mais elle ne parle pas du recèlement. Et la seule peine qu'elle établit est uniquement la perte de la falcidie et le paiement des legs et fidéicommiss sans détraction. La peine du recèlement, conclut Debézieux, n'est donc, selon le droit écrit, que celle du double ou la privation de la falcidie ainsi que la Cour l'a toujours jugé, n'ayant jamais, dans pareil cas, déclaré l'héritier déchu du bénéfice d'inventaire. »

Les Romanisants, enfin, avaient une formule solide à laquelle ils pouvaient se tenir. Trop tard. Debézieux pouvait bien écrire : « Les arrêts rapportés par Louet et Brodeau ne peuvent pas s'appliquer aux questions des provinces régies par le Droit écrit, puisqu'ils ne sont fondés que sur la Coutume de Paris, qui déclare héritiers purs et simples ceux qui recèlent des biens et facultés de l'hoirie. » Lebrun donnait à peine son attention à ceux qui étaient « de contraire avis » sur cette question, comme Bacquet ou le Président Favre, et il posait en principe que « le moindre recélé suffit pour faire déchoir l'héritier du bénéfice d'inventaire. » — « Traité des Successions », liv. III, ch. 4, n° 15. — Le motif ? « Parce que celui-là invoque inutilement le secours des lois qui pèche contre leur disposition. » Cela se peut « aussi » fonder — Lebrun y condescend — « sur la Nouvelle I de Justinien et sur la loi Scimus... » que notre jurisconsulte ne prend même point la peine de concilier.

Et, à la fin du siècle, Merlin, étudiant, dans son « Répertoire » le « Bénéfice d'inventaire » — H. V° — pense que la peine de déchéance, en matière de recel est « de droit commun. »

Sur ce point comme sur tant d'autres, la France germanique et coutumière l'avait emporté sur la France romaine. Provisoirement au moins : jusqu'à la Révolution.

COUP D'ŒIL D'ENSEMBLE SUR L'ANCIEN DROIT

Le lecteur qui ferme le livre après en avoir lu la première partie aura certainement l'impression que notre ancien droit était, sur la question du recel, dans un chaos complet.

Si, presque d'emblée, dès le 14^e siècle, nos praticiens étaient parvenus à fixer quelques caractères du recel, ceux-ci s'étaient bientôt estompés et les jurisconsultes des 15^e et 16^e siècles ne s'étaient point

occupés de bâtir une théorie du divertissement. Ils avaient jugé suffisant d'en donner des définitions par des synonymes.

Au 17^e siècle encore, personne ne sait ce qu'est le recel. Les éléments constitutifs n'en sont point nettement déterminés; ni même les questions de fait et d'intention, à telles enseignes qu'il est impossible de savoir si les juristes veulent frapper plutôt l'acte matériel en lui-même ou l'idée, quelles qu'aient pu en être les conséquences. La sanction n'est pas mieux définie : si la privation de part n'est pas toujours prononcée, parfois, en revanche, on y ajoute des sortes de dommages-intérêts ou bien une amende. On n'est pas plus d'accord sur la procédure et certains Parlements semblent considérer la procédure criminelle comme une peine supplémentaire dans les cas où le recélé est particulièrement considérable.

Les conceptions pénales et civiles encore peu distinctes, se mêlent étroitement, d'autant plus que la notion du recel est — le lecteur est sans doute de cet avis — aussi peu précise que possible.

Lorsque le Parlement de Dijon, en 1655, puis celui de Paris, en 1656, décident de priver l'époux spoliateur, non seulement des biens auxquels il a droit en qualité de commun, mais encore de ceux auxquels il pourrait prétendre en vertu d'un don mutuel, ils consacrent les conséquences de la conception selon laquelle le recel ne donnerait lieu qu'à une action civile en réparation.

C'est encore une conséquence de cette idée que consacre l'ensemble de notre ancienne jurisprudence qui admet, depuis la fin du 16^e siècle, que la restitution spontanée des objets divertis efface le délit.

Autre conséquence encore que les variations de la sanction dont le coupable est frappé.

A l'inverse, la procédure, au moins dans certains cas, et la durée de la prescription, en général, obéissent aux règles pénales.

Ces diversités, que nous remarquons du premier coup d'œil, ne frappaient point les contemporains. C'est à peine si Louet signale que la question du recel est encore débattue et « quasi comme irrésolue au Palais »; mais, il veut parler plus spécialement de la privation de part que l'on inflige à l'époux coupable.

Mais, d'une manière générale, on ne se préoccupait guère de mettre un peu d'ordre dans ce chaos.

Il y avait à cela une bonne raison. Sauf quelques auteurs de la fin de notre ancien droit — Renusson, Lebrun, Pothier — on n'a pas étudié le recel d'une manière dogmatique et systématique.

Ou bien on commentait un texte de coutume, ou bien on analysait un arrêt. Dans l'un et l'autre cas, on se bornait à se demander pourquoi la renonciation de la femme commune n'était point valable, ou bien si on devait la priver de sa part seulement dans les biens divertis ou dans toute la communauté; ou encore, on se demandait si le Parlement avait bien jugé en prononçant contre un héritier bénéficiaire la déchéance de son bénéfice d'inventaire, à raison de ses recelés, ou s'il n'aurait pas mieux valu le condamner à une restitution au double des effets divertis. Mais, de théorie d'ensemble sur le divertissement, il n'en fallait pas chercher.

Une seconde raison, c'est l'état encore rudimentaire de la technique. On ne se soucie pas de donner un nom particulier au délit que l'on frappe. On se demande à partir de quel degré de gravité il y a délit, ce qui suppose que l'on ne reconnaît pas dans deux faits semblables les éléments constitutifs primordiaux. On considère que la procédure est susceptible de varier, en particulier avec la gravité du délit. Ne revenons pas sur les discussions interminables entre docteurs à propos de questions qu'un étudiant de licence pourrait résoudre aujourd'hui à l'aide des principes qu'on lui a enseignés à la Faculté. Nous avons assez montré, je crois, que, lorsque la Révolution aurait fait table rase et permis au Code civil de faire entrevoir enfin l'unité de jurisprudence, nos tribunaux auraient à reprendre à peu près tout le lent travail des siècles qui, dans notre matière, et du point de vue du droit positif, avait été à peu près vain.

SECONDE PARTIE

LE DROIT MODERNE

CHAPITRE PREMIER

LE FAIT INCRIMINÉ

SECTION PREMIÈRE

EN QUOI IL CONSISTE

A. — *Actes réguliers en la forme, mais commis dans une intention frauduleuse*

Dans ce paragraphe, nous examinons seulement les cas dans lesquels il pouvait y avoir doute sur l'intention qui avait présidé à la simulation. Nous savons, en effet, que, d'une manière générale, un acte peut être simulé et parfaitement valable. Pour qu'il puisse être critiqué, il faut que l'on puisse démontrer qu'il a été fait dans une intention de fraude. C'est ce qui, en notre matière, permettra de le qualifier recel.

La question se posa tout d'abord à propos d'un acte de vente régulièrement passé.

En l'an 9, un sieur Alvéry vendait à son beau-père, Louis Rieu, tous ses biens meubles et immeubles. Il mourut en 1806, laissant deux enfants mineurs, Marie et Jean Alvéry. En 1811, le sieur Rieu cédait à Marie Alvéry tous les biens qu'il avait jadis achetés à son père et celle-ci, après s'être mise en possession, souscrivait une obligation de 2.000 francs au profit de son frère Jean. Puis, les deux enfants répu-

dièrent la succession de feu Alvéry. Les créanciers héréditaires protestèrent contre cette renonciation, qu'ils considéraient comme frauduleuse, et en demandèrent l'annulation.

L'affaire fut jugée par la Cour de Nîmes, le 9 juillet 1825 — D. Rép. V^o Succ., n^o 635.

La Cour estima que les actes de vente de nivôse et de ventôse an 9, d'Alvéry à Rieu, réguliers d'ailleurs en la forme, avaient été conclus dans une intention de fraude. Pour Alvéry, disait l'arrêt, il s'agissait de mettre ses biens « à couvert des répétitions des demandeurs, sous le nom d'un acquéreur simulé ». D'autre part, la Cour considérait que les deux enfants avaient participé à la manœuvre de leur père, la fille en acceptant la cession à elle faite en 1811, le fils, en acceptant la créance de 2.000 francs qui, pour lui, avait été la suite de cette cession. Si donc, en 1812, ils avaient renoncé à la succession de leur père, on ne pouvait pas ne pas considérer cette renonciation comme frauduleuse, puisque, à cette époque, ils étaient en possession des biens de leur père. Et la Cour concluait « que la fraude évidente qui a présidé à cette répudiation doit la faire écarter... sous le double rapport de l'acceptation de l'hérédité par la prise de possession des biens et du divertissement des effets de cette succession, au moyen des actes simulés qui ont été rappelés. »

Il y avait donc recel, pour la Cour de Nîmes, dès lors qu'il y avait eu dissimulation d'actif destinée à frauder, non pas même des co-héritiers, mais seulement des créanciers héréditaires.

Peu de temps après, une question analogue se posait. Un certain sieur Gémond, marié sous le régime de la communauté, avait vendu à un tiers complaisant deux actions du journal « Le Constitutionnel ». Ces actions se trouvaient former, à la mort de la dame Gémond, à peu près tout l'actif commun.

Mais les héritiers de la dite dame, qui avaient des doutes sur la sincérité de la vente, demandèrent au Tribunal de la Seine d'en prononcer l'annulation et de condamner le sieur Gémond aux peines de l'article 1477.

Le tribunal, dans un jugement rendu le 3 février 1830, annulait la vente, quoiqu'elle eût été régulière en la forme. Mais il refusait de faire application de la peine de privation de part au sieur Gémond, par le motif que cette peine ne pouvait être prononcée que s'il s'agissait de soustractions postérieures à la dissolution de la communauté. Or, la vente simulée était antérieure à la mort de la dame Gémond.

L'article 1477 ne fait d'ailleurs aucune distinction selon l'époque à laquelle est commis le détournement.

Aussi, la Cour de Paris, sur appel des héritiers de la dame Gémond, réformait le jugement entrepris. La Cour invoquait également le « but du législateur », qui était la répression de « la fraude », sans distinction.

On voit tout de suite qu'en adoptant ce point de départ, on pourra étendre presque indéfiniment la notion de recel. On ne se préoccupera plus des moyens qui ont servi à commettre le délit. On se demandera seulement « s'il est constant qu'il a été fait en vue du décès, et pour spolier la succession » ou la communauté. Comme, en même temps, on ne considèrera plus dans les textes invoqués que l'intention du législateur, c'est-à-dire sa volonté de punir la fraude, on pourra frapper toute manœuvre, sous quelque nom qu'elle se dissimule, dès lors que le but aura été de spolier la communauté ou la succession, sans s'occuper des circonstances. C'est ce qu'avait fait la Cour de Paris, dans notre espèce, par son arrêt du 14 janvier 1831.

Le sieur Gémond forma un pourvoi en cassation de la décision de la Cour de Paris. Invoquant les précédents de notre ancien droit, il prétendait que, pour qu'il y eût eu recel, il aurait fallu que la vente qu'il avait faite des deux actions du « Constitutionnel » eût été simulée. Or, il n'en avait rien été, puisqu'il avait déclaré cette vente, lors de l'inventaire qui avait suivi le décès de la dame Gémond.

La Chambre des Requêtes repousse l'argument. « ...L'arrêt du 14 janvier 1831, répond-elle, ne se borne pas à déclarer que les ventes des deux actions étaient simulées; il ajoute que, par ces ventes, le sieur Gémond a voulu s'approprier des effets de la communauté, sur lesquels il n'avait qu'un droit proportionnel. » Du 5 avril 1832 — S. 1832, I. 526.

En somme, la Chambre des Requêtes tenait compte, avant tout, de l'intention frauduleuse, quelle que fût la manière dont elle s'était manifestée, et du résultat, c'est-à-dire la spoliation.

Mais cette doctrine manquait encore de fermeté, surtout en ce qui touche l'appréciation de l'élément intentionnel.

C'est ce que l'on vit bien en 1845, dans une affaire, assez complexe, d'ailleurs.

Un sieur Gassier était mort à la Guadeloupe et sa succession avait été acceptée sous bénéfice d'inventaire par ses héritiers, le sieur et la dame Casse. Mais, lors de la mise en adjudication des biens hérédi-

taires, ils avaient fait insérer dans le cahier des charges des clauses tellement onéreuses qu'elles devaient certainement avoir pour effet d'éloigner les enchérisseurs éventuels. Puis, le sieur et la dame Casse s'étaient rendus adjudicataires de ces biens sous le nom d'un tiers.

Aussitôt, les créanciers héréditaires, invoquant contre eux l'article 801, prétendirent les faire condamner en qualité d'héritiers purs et simples.

Le Tribunal de Marie-Galante avait accueilli leur demande. Mais, sur appel, la Cour de la Guadeloupe rendait, le 6 janvier 1843, un arrêt infirmatif. Que l'héritier eût éloigné les enchérisseurs éventuels par l'introduction de clauses onéreuses dans le cahier des charges, c'était là un acte de mandataire pouvant donner lieu à des dommages-intérêts envers les créanciers de la succession, mais non point un motif de prononcer la déchéance du bénéfice d'inventaire.

Les créanciers héréditaires formèrent un pourvoi en cassation de cet arrêt, soutenant qu'il y avait acte équipollent à recel — donc devant entraîner la déchéance du bénéfice d'inventaire — dans le fait, pour l'héritier, d'avoir employé des manœuvres dolosives destinées à éloigner les enchérisseurs éventuels et à le faire demeurer seul adjudicataire.

Le 20 août 1845, la Chambre des Requêtes rejetait le pourvoi, sans motiver fortement son arrêt. Elle se bornait à affirmer que « la manœuvre frauduleuse d'un adjudicataire à l'effet d'obtenir les biens à vil prix diffère du recel ou du divertissement ». S. 1845.1.854. Cette manœuvre ne différait pas beaucoup plus du recel que n'en différait la vente simulée de l'affaire Gémond. Seulement, les faits étaient moins nettement caractérisés et c'est sans doute ce qui explique l'attitude plus timide de la Cour suprême.

Et, en effet, lorsqu'il s'agissait de vente simulée, la jurisprudence était bien fixée.

Le Tribunal de Niort, saisi d'une question analogue à celle qui s'était posée dans l'affaire Gémond, considérait que le recel réside essentiellement dans « l'intention frauduleuse » qu'a l'époux « de priver la communauté d'une chose qui lui appartenait, à quelque époque et par quelque moyen que cette intention ait été réalisée. »

Et, voulant mieux marquer encore cette prédominance de l'intention sur le fait, le tribunal ajoutait que « la soustraction manuelle », souvent irréfléchie, est « plus excusable » qu'un « ensemble de manœuvres, d'actes simulés et de moyens frauduleux qui doivent produire le même résultat. »

Peu importe le moyen employé; le tribunal ne veut retenir que le but proposé et le résultat atteint. Sur appel, la Cour de Poitiers confirmait le jugement de Niort, par adoption de motifs : 17 août 1860 — S. 1860.2.582.

Cette notion très large du fait incriminé avait l'avantage de permettre une répression énergique. Mais, juridiquement, on pouvait faire des objections. La Chambre des Requêtes, en 1845, avait montré qu'elles n'étaient point négligeables et qu'il ne s'agissait pas seulement de subtilité juridiques.

Peu de temps après notre arrêt de Poitiers, la Cour de Douai marquait nettement sa volonté de restreindre la compréhension du terme *recel*.

L'espèce était la suivante : Un père de famille de Dunkerque avait souscrit deux obligations de 6.000 francs en faveur de deux de ses héritiers. Ceux-ci, après le décès de leur père, tentèrent de conserver pour eux seuls le bénéfice de ces obligations. Convaincus par une de leurs co-héritières, ils furent condamnés par le Tribunal de Dunkerque qui déclara leurs titres nuls. Cependant, le jugement refusa de leur faire application des sanctions de l'article 792, « considérant que, pour qu'il y ait divertissement ou *recel*, les articles 792 et 1477 supposent l'appréhension ou l'appropriation par des héritiers ou communs en biens, d'une chose appartenant à la communauté ou à la succession; que, dans l'espèce, les billets ont été souscrits par le père de famille lui-même et qu'après sa mort, les co-héritiers défendeurs ont seulement tenté de s'en faire attribuer le bénéfice; que, tout blâmables qu'aient été leurs agissements, pour arriver au paiement de ces billets, on ne saurait cependant y rencontrer à leur charge des faits constitutifs de divertissement ou de *recel*. »

Le 20 mars 1865, la Cour de Douai confirmait cette décision. — Rec. Jurisp. Douai, 1865, 325.

C'était là le point faible de la jurisprudence extensive : il fallait réprimer; mais encore ne réprimer que des manœuvres portant sur des biens de la communauté ou de la succession. Or, dans l'espèce de Dunkerque, les effets que les héritiers tentaient de détourner n'étaient pas des biens de la succession, *stricto sensu*. Mais, le résultat final était le même. La Cour de Douai n'en tint pas compte.

La création de dettes fictives par le mari à la charge de la communauté avait été envisagée par Lebrun et par Bourjon, à la fin de notre ancien droit. Nous avons vu que seul Bourjon avait donné une

solution assez large; Lebrun avait été arrêté par des considérations qui, aujourd'hui, ne seraient qu'un accessoire.

Cette question, très pratique, on s'en doute, ne pouvait pas ne point se poser sous l'empire du Code Civil.

Et si l'on se reporte à la doctrine de l'arrêt de 1832, caractérisant le recel par le but poursuivi et le résultat atteint, on peut penser que la question ne devait point faire doute.

En effet, appelé à se prononcer là-dessus dans une affaire Lehouitel, le tribunal de la Seine, dans un jugement du 2 juin 1866, décidait que la création de dettes fictives constitue « un divertissement » qui « tombe sous l'application de l'article 1477, dont la disposition générale atteint tous les actes frauduleux par lesquels un époux dissimule à son profit et au préjudice de son conjoint la consistance et la valeur réelle de la communauté ». La Cour de Paris confirmait ce jugement par adoption de motifs, dans son arrêt du 29 avril 1867.

C'était là encore caractériser le divertissement, moins par les moyens employés pour le commettre, que par l'intention qui avait présidé à sa perpétration.

Le pourvoi soutenait que la création de dettes fictives de communauté ne constitue pas un recel. La Chambre des Requêtes ne répondit même pas à ce moyen, et rejeta le pourvoi : 5 août 1868 — S. 1869.1.24.

La volonté de frapper apparaissait clairement. Mais le principe était moins évident; et, en dehors des considérants de l'arrêt de 1832, la Cour de Cassation n'avait rien à présenter sur ce point.

La question de principe fut soulevée, peu de temps après la décision de 1868, dans une affaire Perrier-Desloges.

En 1867, une dame Perrier-Desloges avait obtenu, de la Cour d'Angers, un arrêt prononçant la séparation de corps d'avec son mari. La liquidation de la communauté s'ensuivit. Pendant les opérations, intervint un sieur Coiret, qui réclamait paiement d'une créance de 160.000 francs qu'il avait contre la communauté. Sur la production de deux titres portant la signature de Perrier, Coiret obtint un jugement, en vertu duquel il prit inscription sur les immeubles communs.

Les titres qu'avait invoqués Coiret constataient des « prêts acceptés par Perrier ». Mais la dame Perrier parvint à démontrer que ces prêts n'avaient été qu'un « moyen frauduleusement concerté entre Perrier et Coiret pour appauvrir la communauté ». Elle fit en conséquence

juger que la créance de Coiret était fictive. Arrêt de la Cour d'Angers du 30 décembre 1868.

Ayant ainsi la preuve d'une simulation frauduleuse, la dame Perrier-Desloges prétendit faire appliquer à son mari la pénalité prévue par l'article 1477.

Sa demande était accueillie en première instance, le 15 juillet 1872. Les juges avaient apprécié les faits uniquement en fonction du but poursuivi par l'auteur. La création d'une dette fictive, dirent-ils, était « destinée à causer à la communauté le même préjudice qu'un détournement direct »; d'ailleurs, « le législateur ne fait aucune distinction dans les moyens frauduleux employés ».

Ce jugement fut confirmé par la Cour d'Angers, le 20 décembre 1872.

La question de définition et de droit pur se posa devant la Cour de Cassation saisie du pourvoi formé par Perrier.

L'illustre LABBÉ donna pour lui une consultation, dans laquelle il combattait avec véhémence la théorie de la Cour d'Angers, selon laquelle la création d'une dette fictive de 160.000 francs avait « réellement amoindri la communauté » de cette somme.

Au dire de Labbé, l'article 1477, pour pouvoir s'appliquer, devait rencontrer « le fait matériel qu'il prévoit et punit ». Faute de rencontrer ce fait matériel, pas de sanction possible. A l'appui de cette affirmation, Labbé entreprenait de donner une définition du mot divertissement.

Où notre grand jurisconsulte allait-il prendre sa définition? Ni dans les textes législatifs, muets sur cette question, ni dans les ouvrages de doctrine, qui sont à peine plus explicites, ni dans la jurisprudence. En effet, il annonçait qu'il allait consulter « les habitudes de langage de tout le monde ». Et il ajoutait : « Pour l'homme en général, il y a une différence entre être créancier et avoir, entre être débiteur et être dépouillé. Le mot divertissement, dans le langage usuel et vulgaire, suppose une distraction, une diminution de la masse commune, réelle, physique, matérielle, et non pas seulement abstraite, idéale, juridique ».

Labbé aurait pu tout aussi bien affirmer qu'il n'y aurait recel qu'autant qu'il y aurait vol au sens pénal du mot. La grande nouveauté que présentait la consultation de l'éminent juriste, c'est qu'elle apportait une méthode simple et à la portée de chacun pour définir les termes techniques. Ainsi, le géomètre veut-il expliquer ce qu'est

une circonférence? Il consultera « l'homme en général », qui lui répondra sans doute, « dans son langage usuel et vulgaire », qu'une circonférence, « c'est quelque chose de rond ».

Nous aurions mauvaise grâce à insister.

Aussi bien, le Conseiller GUILLEMARD, chargé du rapport, écartait, d'une phrase, cette accumulation d'adjectifs que Labbé avait cru utile pour remplacer une définition inexistante. On admet, disait très justement le Conseiller rapporteur, la possibilité de recéler des objets incorporels.

Puis, comme le voulait Labbé, le Conseiller Guillemard distinguait entre la préparation et l'accomplissement du recel, ce qui, à dire vrai, est une distinction de simple bon sens. Mais il n'en tirait pas la même conséquence que l'auteur de la consultation. Il en concluait qu'il y a accomplissement du recel dès que la dette « apparaît », pour parler comme Bourjon, c'est-à-dire lorsque le mari l'a déclarée à l'inventaire.

Sur le rapport de M. Guillemard, l'arrêt rejeta le pourvoi du sieur Perrier : 13 août 1873 — S. 1874.1.49. — La Chambre des Requêtes rappelait, dans ses considérants, à l'usage, sans doute, de M. Labbé, « que le divertissement et le recel prévus par l'article 1477 n'impliquent pas nécessairement un acte matériel et effectif d'appropriation; qu'ils peuvent aussi bien résulter de l'emploi de toute espèce de fraude que d'une soustraction de meubles, deniers ou valeurs, pour détourner, au profit de l'un des époux, une partie de la masse partageable ».

La thèse de Labbé, selon laquelle on ne peut parler de recel que s'il y a, à la base, un acte matériel, était encore défendue par certaines Cours d'Appel.

C'est ainsi que la Cour de Caen avait eu à résoudre une question semblable à celle qui s'était posée devant la Chambre des Requêtes, dans une affaire Avice.

Une dame Avice avait obtenu la séparation de corps, comme la dame Perrier-Desloges, dans l'espèce précédemment étudiée. Lors de la liquidation de la communauté, elle demanda contre son mari l'application de l'article 1477, pour deux dettes de 500 francs déclarées par lui dans l'inventaire, et qui étaient fictives.

Le Tribunal de Domfront accueillit la demande de la dame Avice — 26 juin 1872 — mais le jugement fut infirmé par la Cour de Caen : arrêt du 24 janvier 1873. — S. 1873.2.222.

L'avocat du sieur Avice, comme devait le faire Labbé, soutint devant la Cour que le mot recel est l'équivalent des mots vol ou abus de confiance appliqués, dans l'ordre civil, à des faits que la loi ne pouvait déferer aux tribunaux répressifs, pour des « motifs de haute convenance ».

L'Avocat-Général, LANFRANC DE PANTHOU, combattit, dans ses conclusions, une opinion selon laquelle « sans déplacement matériel de l'objet qu'on se propose de soustraire dans une succession, tout au moins sans dissimulation équivalant légalement et matériellement au recel de notre loi pénale, il n'y a, dans l'ordre civil, ni recélé, ni divertissement ».

En effet, le sieur Avice, faisant sienne cette opinion restrictive, soutenait qu'il n'y avait, dans la simulation de dettes qu'on lui reprochait, « ni déplacement matériel » d'objet — donc pas de divertissement — ni « dissimulation » — donc, pas de recel. Et M. Lanfranc de Panthou, interprétant la pensée du sieur Avice, disait : « Dans un fait de cette nature, il y aurait tout au plus ou un acte coupable moralement parlant, pouvant donner lieu à l'allocation de dommages-intérêts dans les termes généraux de l'article 1382 (idée qui avait été jadis celle de Lebrun) ou, peut-être encore, une simple tentative » (idée qui était celle de Labbé).

L'Avocat-Général rappelait ensuite les précédents en sens divers, les célèbres arrêts de la Cour de Cassation des 6 et 13 novembre 1855, arrêts à la doctrine desquels la Cour de Caen était encore fidèle en 1870, dans une affaire de testament faux, que nous étudions plus loin.

Mais, il rappelait également les décisions rendues dans un esprit plus large, en particulier un arrêt de la Cour de Cassation de 1869 sur le pouvoir d'appréciation des juges du fait.

Enfin, il répondait à l'argument tiré de ce que la simulation de dettes n'aurait été qu'une tentative de recel, idée qui devait être également celle de Labbé. « Sans doute, concédait M. de Panthou, le législateur n'a pu vouloir ici frapper l'intention réduite à l'état d'intention; mais, lorsqu'à un inventaire, un héritier se présente, qui affirme, pièces en mains, qu'il a contracté ou acquitté une dette de la succession, alors que la dette n'a jamais existé; lorsque, malgré les dénégations de ses co-intéressés, il est parvenu à faire admettre cette dette dans le passif par le notaire liquidateur et qu'il faut, pour rétablir l'égalité injustement rompue, une décision de justice sans laquelle le travail de liquidation serait définitif, c'est-à-dire sans laquelle la suc-

cession serait définitivement lésée, je demande en quoi l'on peut voir là une simple tentative non punissable, un divertissement non consommé, alors que tous sont d'accord pour voir un divertissement atteint par la loi dans le fait d'un héritier qui, de mauvaise foi, garde simplement le silence sur l'existence de valeurs qu'il a touchées pour le compte de la succession ».

Dans l'espèce, en effet, le notaire liquidateur, malgré les protestations de la dame Avice, avait fait figurer au passif de la communauté les deux billets de 500 francs souscrits par le mari et dont la sincérité était l'objet du procès.

Et d'ailleurs nous verrons que la Cour de Paris avait cru pouvoir frapper des peines de l'article 1477 une personne dont la fraude était demeurée « à l'état de tentative non suivie d'effet ». — 22 juillet 1863, S. 1863.2.225.

La Cour de Caen demeura cependant fidèle à la notion étroite du recel. Quoiqu'elle eût reconnu la mauvaise foi du sieur Avice, la simulation des deux dettes, elle repoussa les conclusions de son Avocat-Général. Elle décida que les faits incriminés « ne constituent pas le divertissement et le recel prévus par l'article 1477 », parce que « divertissement et recel signifient... qu'il y a eu, soit soustraction d'effets qui se trouvaient en nature dans la communauté (conception purement matérielle), soit dissimulation d'objets qui devaient y rentrer et dont l'un des époux voudrait faire son profit personnel ».

Or, dans l'espèce, remarque la Cour, « les mille francs en litige n'ont pas été divertis de la communauté, puisqu'ils n'y ont jamais été » et « ils n'ont pas non plus été recelés, puisqu'ils n'appartenaient pas à cette communauté et qu'ils ne devaient pas y revenir ».

Il est certain que les mille francs en question n'avaient jamais été « dans » la communauté. Mais il est non moins certain que la communauté aurait eu mille francs de plus, si le mari n'avait point mis à son passif deux dettes fictives de cinq cents francs. L'acte frauduleux du mari équivalait donc à dépouiller la communauté d'une somme de mille francs.

La Cour de Caen estima néanmoins que cet acte ne constituait ni un recel, ni un divertissement.

La dame Avice ayant formé un pourvoi, l'arrêt de Caen fut cassé, sur ce que « l'admission au passif de la communauté de la somme sus-énoncée avait pour effet d'attribuer au mari une créance imaginaire et

constituait un véritable divertissement. » Du 22 décembre 1874 — S. 1875, 1.249.

La Cour de Cassation avait adopté un point de vue absolument opposé à celui de la Cour de Caen. Mais, remarquons qu'elle avait envisagé le fait délictueux seulement dans ses effets alors que la Cour de Caen ne considérait que les moyens mis en œuvre par le mari pour parvenir à ses fins. Chaque solution, sur son terrain propre, demeurerait parfaitement admissible. Mais la question qui va se poser de plus en plus, en jurisprudence, sera celle de savoir sur quel terrain, précisément, il faut se placer pour résoudre les diverses questions que soulève le recel.

Avant même que n'intervînt l'arrêt de cassation de 1874, la Cour Suprême avait eu à examiner une hypothèse plus délicate en ce que la fraude était moins apparente que dans l'affaire Avice.

Il s'agissait d'une cession de droits successifs consentie pour un prix dérisoire. En 1856, un entrepreneur d'Agen, le sieur Busquet, veuf depuis 1844, maria sa fille à un sieur Malvezin. Il lui constitua une dot de 64.000 francs.

Puis, par acte séparé, il se fit céder par sa fille, moyennant la somme de 2.652 fr. 80, tous les droits pouvant lui appartenir, comme seule héritière de sa mère, dans la communauté d'acquêts qui avait existé, jusqu'en 1844, entre les époux Busquet.

Par la suite, les époux Malvezin s'aperçurent que la cession de 1856 avait été faite pour une somme dérisoire, étant donné la consistance de la communauté.

Ils intentèrent alors une action en nullité devant le Tribunal d'Agen et obtenaient, le 30 juin 1869, un jugement qui constatait que la valeur des biens de la communauté était égale à 250.000 francs et faisait droit à leur demande.

Forts de ces constatations, les époux Malvezin introduisirent une nouvelle demande tendant à assimiler la cession que Busquet s'était fait consentir à un recel.

Ils obtinrent encore gain de cause : jugement du 16 juillet 1870.

Busquet interjeta appel.

La Cour d'Agen maintint la nullité de la cession et l'assimilation de celle-ci à un recel.

Parmi ses motifs, nous relevons celui-ci, que la cession et le contrat de mariage de 1856 n'avaient été « précédés d'aucun compte ni remise

de pièces justificatives, ...que le sieur Busquet n'avait pas même fait dresser un inventaire, au décès de sa femme. » Et l'arrêt ajoutait : « L'énorme différence entre le prix de cession (2.652 fr. 80) et la valeur de la société d'acquêts (250.000 fr.), l'absence d'inventaire au décès de la dame Busquet, le défaut de production de comptes ou de pièces justificatives, lors du règlement de cette société d'acquêts... sont autant de preuves d'une dissimulation volontaire et de l'intention qu'avait le sieur Busquet de priver sa fille de la part qui lui revenait dans la succession de sa mère. » Ces faits, concluait la Cour, « ont un caractère frauduleux et constituent le recel prévu et puni par l'article 1477. »

En somme, la Cour d'Agen faisait résulter l'existence du délit de recel, d'abord de l'intention frauduleuse du sieur Busquet, ensuite de certaines manœuvres qui traduisaient cette intention, en particulier de cette opération, valable en principe, la cession, mais qui, dans l'espèce, revêtait le caractère d'une manœuvre frauduleuse.

Qu'est-ce à dire ? Que le fait d'acheter à un co-partageant ses droits successifs, pour une somme que l'on sait dérisoire, et que le co-partageant est mis dans l'impossibilité d'apprécier, constitue un recel ?

La Chambre des Requêtes hésita sans doute à l'admettre, puisqu'elle laissa passer le pourvoi qu'avait formé le sieur Busquet contre la décision de la Cour d'Agen.

Mais, la Chambre Civile rendit deux arrêts de rejet : 29 janvier et 24 avril 1872 — S. 1873, I, 113.

La Cour Suprême évitait d'ailleurs de prendre parti nettement. Elle rappelait qu'il avait été constaté, en fait, que les manœuvres de Busquet lui avait permis de divertir pour une somme de 2.652 fr. 80 une communauté valant plus de 250.000 francs. Elle rappelait également que la Cour d'Agen, « pour appliquer à Busquet les dispositions de l'article 1477, s'est fondée, non seulement sur le silence obstiné gardé par le sus-nommé au sujet de la consistance de la communauté, mais encore sur un ensemble de faits dont elle a constaté expressément le caractère frauduleux et qui avaient été commis par le demandeur pour détourner et s'approprier l'actif commun au détriment de sa fille... »

La Cour de Cassation ne donnait pas de définition du fait incriminé dans le recel, elle se bornait à se retrancher derrière les constatations souveraines des juges du fait.

La jurisprudence allait donc assez loin; la leçon de l'arrêt de 1832 n'avait pas été perdue.

Et, de plus en plus, les tribunaux étaient saisis de demandes qui tendaient à faire considérer comme recel un fait, en apparence, très différent de ceux auxquels avait pensé le législateur de 1804.

C'est ainsi qu'un sieur Riobé voulut faire juger que la simple revendication était assimilable à un recel.

Les époux Riobé, séparés de corps, procédaient à la liquidation de leur communauté. Au cours de l'inventaire, la dame Riobé affirma qu'elle avait réalisé un gain de 100.000 francs, à la loterie de la ville de Lille, avec un billet qui lui avait été donné. Elle prétendait qu'en conséquence cette somme constituait un propre et elle le réclama à ce titre.

Le sieur Riobé contesta ce titre de propre. En même temps, il demandait au Tribunal de Nantes de dire que cette revendication constituait un recel, au sens de l'article 1477.

La femme répondit qu'autrefois, elle avait reçu une procuration de son mari à l'effet de toucher cette somme. D'autre part, ajoutait-elle, loin de tenter de dissimuler l'existence de cette somme, elle la proclamait en quelque sorte, en la revendiquant.

Le tribunal, considérant que l'omission frauduleuse, qui caractérise le délit de recel, n'existait pas dans l'espèce, débouta le mari de sa demande : Nantes, 16 juillet 1890 — Gaz. Pal. 1891, I. 62.

La jurisprudence s'engageait donc dans l'analyse des éléments intellectuels du délit.

Dans l'affaire Busquet, de 1872, la Cour d'Agen et la Cour de Cassation avaient été surtout déterminées par l'ignorance où se trouvait la personne lésée de la consistance exacte des biens dont on l'amenait à consentir la cession.

Dans l'espèce jugée à Nantes, si la femme avait échappé à la sanction de l'article 1477, c'est parce qu'il était impossible de découvrir une pensée quelconque de fraude dans sa revendication.

On comprend, dès lors, que la jurisprudence, bien que se faisant du recel une notion de plus en plus large, devienne parfois très hésitante et même refuse de punir.

C'est ainsi que la Cour de Paris refusa de considérer comme un acte équipollent à recel le retard qu'avait apporté dans sa reddition de comptes un héritier bénéficiaire. La Cour, en effet, n'avait aucun

moyen de déterminer le caractère prétendument frauduleux de ce retard.
Du 30 mai 1895 — Gaz. Pal. 1895.2.174.

Nul doute que, si une pensée de fraude avait pu apparaître à la Cour, elle n'eût frappé.

Elle n'hésita pas en effet à le faire dans une hypothèse voisine, et où elle estimait que l'intention frauduleuse était certaine.

Un sieur Jean-Baptiste Godard avait deux filles, Marie, épouse d'un sieur Victor Pommelet, et Amélie, mariée au sieur Léopold Pommelet.

En 1893, Godard fut atteint de la maladie dont il ne devait plus se relever. Sa fille Marie était morte avant lui, laissant pour la représenter une enfant sourde et muette, Adèle-Victorine.

Amélie Pommelet tenta de profiter de la circonstance. Le 20 juin 1893, elle fit vendre, par son père, à un sieur Pager, des vignobles et une maison, pour une somme de 16.000 francs, portée au contrat comme ayant été payée comptant, mais que Pager n'avait jamais déboursée. Le 15 septembre suivant, ces biens furent rétrocédés par le sieur Pager à Léopold Pommelet, pour la même somme de 16.000 fr., non moins fictivement versée.

Ces opérations s'analysaient, en somme, en un avantage gratuit consenti par Godard au bénéfice de sa fille Amélie Pommelet, et au détriment de sa petite-fille Adèle-Victorine.

Celle-ci soupçonna la fraude. Elle intenta contre les époux Léopold Pommelet une action qui tendait à l'application de l'article 792.

Le Tribunal de Reims fit droit à sa demande. Et le jugement fut confirmé par la Cour de Paris : 28 novembre 1898 — D. 1899.2.481.

Utilisant une formule consacrée par la Cour de Cassation, la Cour de Paris constatait simplement qu'il y avait eu manœuvre dolosive tendant à rompre l'égalité du partage. En conséquence, elle appliquait la peine de l'article 792.

Aujourd'hui, la question semble réglée.

Si un époux, « de mauvaise foi, et pour divertir tout ou partie de l'actif de la communauté, a passé, soit avant, soit après sa dissolution, des ventes simulées de valeurs de la communauté ou a fait figurer dans cette communauté des dettes fictives, soit à son profit, soit au profit d'un tiers complice », il est considéré comme coupable de recel et puni des peines de l'article 1477 : Cour de Pau, 13 décembre 1918 et Chambre des Requêtes, 1^{er} mars 1920 — D. 1921.1.38.

Un facteur important pour apprécier la culpabilité est l'ignorance dans laquelle le recéleur a tenu sa future victime, de la consistance d'une communauté ou des forces d'une succession.

Cependant, il ne suffirait point que le recéleur eût tenu la personne lésée dans l'ignorance. Il faut également établir qu'il a profité de cette ignorance pour commettre son délit. Les mesures que peut prendre un héritier pour que son co-héritier ignore les forces de la succession et soit amené ainsi à lui consentir à bon compte une cession de ses droits successifs, ne sont, pour parler comme Labbé, que des manœuvres qui préparent le recel. Elles ne sont pas le recel lui-même.

Cela a été jugé récemment.

Un certain sieur Vergnes avait patriotiquement déposé des fonds dans une banque étrangère, par comptes joints, à son nom, au nom de sa femme et au nom de son fils Pierre.

A la mort du sieur Vergnes, son fils Pierre ordonna à sa banque de ne fournir aucun renseignement, à qui que ce fût, sur les valeurs déposées.

Sa sœur, la dame Mestre-Mel, estima que de telles instructions ne pouvaient avoir qu'un but : l'empêcher de connaître la valeur de la succession à laquelle elle était appelée en même temps que son frère. Elle demanda donc aux tribunaux de dire que ces manœuvres étaient constitutives du délit de recel.

La Cour d'Agen refusa de l'admettre, sans doute parce qu'il n'y avait point encore de dommage subi du fait de ces manœuvres.

La dame Mestre forma un pourvoi en cassation de cet arrêt.

La Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi, considérant que la loi a abandonné l'appréciation des circonstances constitutives du recel au juge du fait et que la Cour d'Agen avait souverainement décidé que l'applicabilité des articles 792 et 1477 « n'apparaissait pas suffisamment. » Du 20 février 1924 — Gaz. Pal. 1924. 2.115.

Quelle différence y a-t-il cependant entre une vente fictive qui fait disparaître un objet d'une succession et un ordre donné à une banque pour dissimuler, de la même manière, un paquet d'actions ?

Il eût été bon, dans l'affaire Vergnes, de reprendre, à l'appui du pourvoi, les paroles prononcées jadis, à Caen, par l'Avocat-Général Lanfranc de Panthou : « Sans doute, le législateur n'a pu vouloir frapper l'intention réduite à l'état d'intention; mais, s'il faut, pour rétablir l'égalité injustement rompue (par l'ignorance où l'un des co-

héritiers a tenu l'autre), une décision de justice, sans laquelle le travail de liquidation serait définitif, on se demande en quoi l'on peut voir là une simple tentative non punissable, un recel non consommé. »

Visiblement, des considérations de fait avaient empêché la Cour Suprême de pousser sa doctrine dans toutes ses conséquences.

D'ailleurs, le principe général demeurerait admis.

La Cour de Lyon décidait, dans un arrêt du 5 février 1925 — *Gaz. Pal. n. V^o, T. Q.* — que, d'une manière générale et absolue, « le recel peut résulter de toute entreprise de dissimulation, poursuivie sous le couvert d'actes réguliers en la forme... »

La difficulté sera parfois d'apprécier pénalement cette dissimulation.

B. — *Usage d'un testament faux*

Ce moyen de fraude n'apparaît qu'assez tard en jurisprudence. Mais, dès que les tribunaux sont saisis de cette question, elle fait l'objet de vives controverses.

La première espèce dans laquelle, à notre connaissance, le problème se soit posé, est une affaire Fouquet, jugée à Caen, en 1870.

En 1868, mourait à Cherbourg un sieur Fouquet, qui laissait pour héritiers son frère Auguste-Michel, son neveu François et les mineurs Léonard, enfants d'une sœur prédécédée.

Pour s'emparer de toute la succession, Auguste et François Fouquet invoquèrent un testament qui les instituait légataires universels.

Ce testament était faux.

Sur la plainte du tuteur des mineurs Léonard, Auguste et François Fouquet furent condamnés à dix-huit mois d'emprisonnement par la Cour d'Assises de la Manche : 7 décembre 1868.

Après avoir purgé leur peine, ils vinrent réclamer le partage de la succession ab intestat, dont ils étaient héritiers pour 2/3. Le tuteur des mineurs Léonard opposa la pénalité des textes du Code, dont il réclamait l'application.

Le Tribunal de Cherbourg, en effet, déclara les co-héritiers Fouquet privés de tout droit sur la succession.

Sur appel, le jugement fut infirmé, par la Cour de Caen : 6 août 1870. — *S.* 1872.2.89.

L'article 792, disait la Cour, était « inapplicable à l'espèce, car il ne prévoit qu'un seul cas, celui où le co-héritier a diverti ou recélé

des effets d'une succession; et, par ces expressions, divertissement ou recel, que l'on retrouve encore dans les articles 801, 1460 et 1477, il faut entendre un détournement frauduleux ou la dissimulation d'objets que l'on détient sans droit et sans titre, pour en faire son profit singulier au préjudice de la cohérie ». Or Fouquet et son neveu n'avaient commis « sur les effets de la succession, aucun acte pouvant être assimilé à un vol et ils n'ont rien détourné de la succession qui est et a toujours été intacte. »

On aurait pu répondre, en reprenant les expressions mêmes de la Cour de Caen, que les cohéritiers Fouquet avaient voulu s'approprier tous les objets de la succession « pour en faire leur profit singulier, au préjudice de la cohérie. »

Mais, il était visible que la Cour s'attachait moins à l'intention et au résultat, qu'au moyen employé pour y parvenir. S'il y avait eu dissimulation ou détournement, elle aurait condamné sans hésiter. Mais, il y avait usage d'un testament faux. Ce n'était point là le recel, quoique le résultat pût être le même.

La Cour considérait bien comme « criminels » les efforts des faussaires.

Elle allait jusqu'à reconnaître que le fait qui leur était reproché avait « plus de gravité qu'un simple recel »; jusqu'à convenir qu'il pouvait sembler « peu rationnel que celui qui n'a diverti qu'un objet de minime valeur » fût puni par la loi civile, alors que celui « qui a cherché à s'attribuer la succession tout entière à l'aide d'un faux » n'est point frappé.

Mais elle considérait qu'il y a là deux délits différents. En effet, disait-elle : Quel est l'objet que se propose l'auteur d'un testament faux ? De changer sa qualité ou sa vocation. Ce n'est pas cela évidemment que vise celui qui commet un recel.

Or, ce que punit l'article 792, c'est le recel. Et, concluait la Cour, la « sanction pénale » que ce texte renferme ne peut être « étendue à des cas qu'elle ne prévoit pas. »

Raisonnement inattaquable dans le système que la jurisprudence avait construit sur les arrêts de la Cour de Cassation de 1855. Mais, si, avec une doctrine nouvelle, on en venait à considérer comme recel tout acte tendant frauduleusement à rompre l'égalité des partages, que dirait-on de la décision de la Cour de Caen ?

Souvenons-nous, d'ailleurs, que dans une autre espèce, cette Cour d'Appel avait paru peu disposée à faire sienne l'interprétation exten-

sive qu'une jurisprudence novatrice tentait de faire triompher. — Affaire Avice et conclusions de l'Avocat-Général Lanfranc de Panthou.

Signalons également qu'un célèbre jurisconsulte de Caen, M. BERTAULD, avait apporté son autorité à la thèse qui avait été celle de la Cour.

Il étudia la même question dans la « Revue critique de Législation et de Jurisprudence » — 1870, t. XXXVII.

Se fondant dès l'abord sur les décisions célèbres de 1855, que nous venons de rappeler, il posait à priori une définition du recel, ce que le législateur n'avait point fait. Le recel, écrivait-il, « ne peut s'entendre... que de l'action de cacher des effets détournés ou volés. ». C'est un point de vue.

Mais, dès que c'est ce point de vue que l'on choisit pour examiner la notion de recel, toutes les conséquences se déduisent par le simple raisonnement et il devient inutile d'étudier l'histoire et la jurisprudence. Armé de la seule logique, on approuvera ou l'on condamnera telle décision qui est ou n'est pas conforme à la définition.

C'est ainsi que, pour M. Bertauld, lorsque « l'héritier présente un testament qu'il sait faux », il élève sur l'hérédité « une prétention mal fondée, il attente aux droits de ses co-successibles, mais il ne commet ni un recel, ni un divertissement. » L'idée qu'impliquent ces mots, explique notre auteur, c'est « la dissimulation d'une partie ou de la totalité de l'actif héréditaire. » Il ne faut pas dire, avec un autre maître illustre de Caen, M. DEMOLOMBE, que « toute fraude employée par un successible pour accroître sa part aux dépens de ses cohéritiers » constitue un recel — « Successions », t. XIV, n° 476.

D'ailleurs, ajoute Bertauld à l'appui de sa doctrine, « le successible qui revendique jure haereditario, même en vertu d'un titre qu'il n'a pas et qu'il se crée à lui-même ne dépouille pas l'hérédité considérée comme personne juridique; il essaie de représenter indûment et frauduleusement cette personne, mais il ne rompt pas le lien qui existe entre elle et ses biens, et, par suite, bien qu'il commette peut-être une faute plus grave que celle qui résulterait de la dissimulation d'une portion ou de la totalité de l'actif, il ne commet pas un détournement ou un recel, parce que le détournement et le recel consistent dans l'action de cacher les effets héréditaires détournés ou volés. »

Cette définition que nous retrouvons ici et que Bertauld avait posée dès le début de ses développements, ne correspond ni aux données de l'histoire, ni à celles que fournissait la jurisprudence en 1870. C'est

une simple définition à priori, qui peut avoir sa valeur, du point de vue de la logique juridique, mais qui ne répond à aucune réalité.

Nous voyons cependant l'usage qu'en fait Bertauld : c'est par rapport à cette définition sortie de son esprit qu'il examine les différentes hypothèses où l'on pourrait hésiter sur la qualification à donner au délit. Il est naturellement amené à conclure qu'il n'y a point de divertissement dans l'usage d'un testament faux. C'est aussi ce que jugea la Cour de Caen.

Mais, sur cette même question, la Cour de Dijon donnait bientôt une solution radicalement opposée.

Elle procédait par la méthode que nous avons vu employer par tous les tribunaux qui tenaient pour la notion extensive du délit de recel.

Elle commence par analyser le but du législateur. Il n'est pas difficile à découvrir. Par la disposition « éminemment morale » de l'article 792, le législateur, dit la Cour de Dijon « a voulu assurer l'égalité des partages et sauvegarder les droits des héritiers en punissant la fraude dont l'un d'eux se rendrait coupable au préjudice des autres. » Puis, répondant directement à la théorie de Bertauld, la Cour soutenait que, par les mots divertissement ou recel, le législateur avait voulu caractériser « l'appréhension ou la détention frauduleuse des biens de la succession », sans vouloir « en restreindre l'application au seul cas du vol tel qu'il est défini par la loi pénale; autrement, son but tutélaire n'eût pas été atteint. »

Donc, pour la Cour de Dijon, peu importe le procédé utilisé pour commettre le délit. On punira dès l'instant qu'il sera acquis au débat que le cohéritier a eu l'intention de rompre à son profit l'égalité des partages et qu'il y est parvenu : du 12 août 1874 — S. 1874.2.289.

C'est bien l'époque, en effet, où la jurisprudence se préoccupe de sauvegarder, par tous les moyens, cette égalité.

Mais la règle n'est pas encore posée d'une façon absolue; on attend que la Cour de Cassation ait pris position.

Aussi, en 1888 encore, la Cour de Chambéry, dans une affaire Chabord-Chatellard, refusa de considérer l'emploi d'un testament faux comme un acte équivalent à recel.

La Cour, au lieu de considérer en première ligne le but de la loi et l'intention du coupable, tentait de définir le recel; puis, ayant donné une définition, de lui comparer l'acte qui lui était déféré. Le recel ne peut s'entendre, déclare l'arrêt, que d'un fait « ayant pour résultat la dissimulation de tout ou partie des valeurs composant la masse héri-

taire et rompant ainsi, aux yeux des autres successibles, le lien matériel existant entre cette succession et les valeurs dissimulées. »

On voit que les leçons de M. Bertauld n'avaient pas été perdues pour tout le monde.

Et la Cour de Chambéry précisait que la confection d'un testament faux n'empêche pas la masse successorale de conserver « son intégralité matérielle », alors qu'il n'en serait plus de même si « une valeur a été dissimulée ou cachée par l'un des ayants-droit ». C'est cette seule fraude toute matérielle que réprime l'article 792, dit la Cour.

Cependant, en 1888, la jurisprudence de la Cour Suprême avait à maintes reprises, consacré l'interprétation extensive dont nous avons étudié quelques manifestations isolées aux environs de 1870.

La Cour de Chambéry ne l'ignore pas.

« A la vérité, reconnaît-elle, la jurisprudence de la Cour de Cassation décide, en matière de partage de communauté, que le recel n'implique pas nécessairement un acte matériel et effectif d'appropriation mais peut résulter de l'emploi de toute espèce de fraude. » Seulement, « malgré la similitude des termes », il y a, selon la Cour de Chambéry, une différence essentielle entre l'article 792 et l'article 1477. C'est que les valeurs composant la communauté « sont entre les mains du mari; et tout acte frauduleux de sa part destiné à en justifier la non-représentation suffit pour consommer matériellement le recel; il n'en est pas de même de l'actif d'une succession, dont la consistance, hors le cas d'un détournement effectif et matériel, est restée aux yeux de tous les ayants-droit, ce qu'elle devait être, sauf appréciation des titres spéciaux dont les uns ou les autres voudraient se prévaloir. »

Notons tout d'abord que la Cour de Chambéry considère le recel comme « matériellement consommé » en matière de communauté, dès lors que le mari commet un acte frauduleux quelconque pour justifier « la non représentation par lui des valeurs de communauté ». Ce n'est point ce que pensait Labbé, dans la consultation qu'il donna, en 1873, devant la Cour de Caen, consultation dont le lecteur n'a peut-être pas complètement perdu le souvenir. Labbé également ne voulait voir dans le recel qu'un acte purement matériel; mais il ne faisait aucune distinction entre la communauté et les matières successorales. D'ailleurs, ne nous y trompons pas : si la Cour de Chambéry était amenée à faire cette distinction artificielle, c'est en raison de l'attitude très ferme prise par la Cour de Cassation. Et, si la Cour Suprême n'avait statué que pour les questions touchant le domaine de la communauté, c'est

pur effet du hasard : on ne lui avait pas encore soumis d'espèce relative aux matières successorales.

Mais, lorsque l'arrêt de Chambéry fut déféré à la Cour Suprême par le cohéritier lésé, il fut cassé, par le motif — qui commençait à devenir courant — que « toute manœuvre dolosive, toute fraude commise sciemment et qui a pour but de rompre l'égalité du partage, constitue un divertissement dans le sens de l'article 792, quels que soient les moyens employés pour y parvenir ». Du 17 avril 1888. — Gaz. Pal. 1888.1.739. — Cassation du 15 avril 1890 — S. 1890.1.248.

Là comme ailleurs, la Cour de Cassation affirmait très clairement sa doctrine et les Cours d'Appel finissaient par s'y rallier.

La Cour de Chambéry fit de même et se déjugea d'une manière totale, trois ans plus tard : 12 juillet 1893 — Gaz. Pal. 1893.2.249.

Nous lisons, en particulier, dans les motifs de cet arrêt : « Attendu que ce que le législateur a voulu punir, en édictant l'article 792, c'est toute fraude, tout acte malhonnête et déloyal, toute faute très lourde équivalente au dol, ayant pour but de rompre l'égalité des partages entre cohéritiers ou de modifier leur vocation héréditaire. »

La modification de la vocation héréditaire, c'est par excellence l'usage du testament faux.

En bons néophytes, les Conseillers de la Cour de Chambéry vont immédiatement aux extrêmes. Ils ne veulent même plus distinguer entre le délit consommé et la tentative : « Il n'est pas nécessaire, pour amener cette déchéance, proclament-ils, que le successible ait été mis en possession de la succession; il suffit qu'il ait tenté de se l'approprier par les moyens ci-dessus qualifiés. »

Saisie d'un pourvoi contre cette nouvelle décision de la Cour de Chambéry, la Chambre des Requêtes ne le laissa même point passer et rendit un arrêt de rejet. 5 février 1895 — S. 1897.1.125.

Depuis lors, on peut considérer la question comme réglée. Il est admis, d'une façon générale et absolue, que toute fraude ayant pour but de rompre l'égalité des partages doit tomber sous le coup de l'article 792. Or, « la production et l'usage d'un testament faux rentrent dans les manœuvres dolosives réprimées par la loi ». De plus, « la sanction édictée atteint aussi bien la personne qui détourne l'ensemble des biens que celle qui ne détourne que des effets particuliers », sans d'ailleurs se préoccuper du point de savoir s'il y a, ou non, rupture du lien matériel qui unit le bien détourné à la masse commune ou successorale. Cour de Rouen, 4 avril 1912. — Rec. Rouen, 1912.144.

C. — *Donation faite par le de cujus et dissimulée
ou non déclarée par le successible*

L'hypothèse est la suivante : Un héritier a reçu une donation du de cujus. Lors de l'inventaire, il s'abstient de la déclarer. A-t-il recélé des effets de la succession ?

La question ne se pose pas pratiquement avant le milieu du 19^e siècle : affaire Caradec.

Un enfant avait reçu de son père, sous forme de vente, une donation qui excédait la quotité disponible. Le père mort, on procéda à l'inventaire. L'enfant gratifié garda le silence sur la donation déguisée dont il avait bénéficié.

Ses cohéritiers découvrirent l'existence de cette donation, qui les lésait dans leurs droits de réservataires.

Sur leur demande, le Tribunal de Montfort annulait la vente déguisée, jugeait qu'il y avait eu recel, et, sur les valeurs remises à la masse par l'héritier gratifié, le tribunal déclarait qu'il serait privé de tout droit. 15 août 1853.

Appel. La Cour de Rennes juge que le tribunal a étendu arbitrairement — ce sont les expressions de l'arrêt — les dispositions de l'article 792. L'acceptation d'une donation même déguisée, explique la Cour, ne constitue pas le fait prévu et puni par cet article, alors surtout que la volonté du donateur n'a été « ni subjuguée, ni trompée ». Et l'arrêt conclut que la pénalité établie par l'article 792 ne peut pas devenir « la sanction des dispositions légales qui fixent les réserves et quotités disponibles » : 1^{er} mai 1854.

Pour la Cour, par conséquent, ce texte ne vise qu'un cas très particulier et n'est point susceptible d'extension. La Cour de Rennes refuserait certainement, dans ces conditions, de voir un recel dans tout acte ayant pour objet de porter atteinte à l'égalité des partages.

En effet, elle répondait aux intimés que le fait pour Caradec de n'avoir point révélé l'existence de la donation, que son « silence calculé » — pour parler comme ses adversaires — n'était pas un élément constitutif du recel. Un tel silence, expliquait la Cour, ne transformait pas la donation « en un recel ou en un détournement frauduleux d'un effet dépendant de la succession ».

C'était la notion du recel qui dominait à cette époque, ainsi que nous l'avons pu voir aux paragraphes A et B, notion surtout maté-

rielle et fort étroite par cela même. C'est le temps où l'on examine avant tout les moyens employés, sans trop se soucier du but poursuivi par le prétendu coupable. Comme on a délimité, à priori, les procédés employés pour cemmettre le recel, on écartera l'application des articles 792 et 1477 dans un très grand nombre de cas, grâce à ce critérium tout matériel.

Les cohéritiers Caradec formèrent un pourvoi en cassation de l'arrêt de la Cour de Rennes.

Mais la Chambre Civile adopta la doctrine des juges d'appel.

« Le silence gardé par les époux Caradec ne constitue évidemment pas le recel prévu par l'article 792 .» Cette « évidence » dispensait la Cour Suprême de motiver autrement sa décision, et de dire en quoi alors consistait le recel. Du 6 novembre 1855. — S. 1856.I.248.

Au reste, quelques jours plus tard, la Chambre Civile eut l'occasion de préciser sa doctrine sur ce point.

Dans l'espèce, la donation déguisée se présentait sous la forme d'une remise de dette.

Un certain Valéry Leuilleux devait à son père une somme de 30.666 francs. Le père lui fit remise de cette dette, à charge pour Valéry de payer une somme de 10.000 francs à sa sœur, une dame Lux, et une autre somme de 10.000 francs à son frère Camille Leuilleux.

Valéry se garda bien de payer quoi que ce fût et la succession Leuilleux fut liquidée en 1848, sans qu'il eût été question de la dette de 30.666 francs.

Par la suite, Camille Leuilleux et la dame Lux eurent connaissance de la remise qui avait été consentie sous condition à leur frère. Et ils demandèrent, non point le paiement de la somme de 10.000 francs fixée par leur père jadis, mais le rapport des 30.666 francs et un supplément de partage. A ce moment, intervinrent deux petits-enfants du de cujus, les dames Broutta et Crescent. Elles demandèrent que leur oncle et tante, qui avaient, lors de l'inventaire, gardé le silence sur cette créance de 30.666 francs, fussent privés de toute part sur elle, conformément aux dispositions de l'article 792.

Leur demande était rejetée comme mal fondée par le Tribunal de Saint-Omer, le 3 mars 1853.

Sur appel des dames Broutta et Crescent, la Cour de Douai confirma : 11 mars 1854.

L'arrêt ne disait pas, comme celui de Rennes, que nous venons d'étudier, que le silence ne saurait être assimilé à un recel. Il se plaçait sur un autre terrain. L'article 792, déclarait-il, punit le divertissement « d'effets de la succession ». « Il ne s'applique pas au recel de tout ce qui doit entrer dans le partage ». Or, il n'est pas « permis d'étendre les dispositions pénales au-delà de leurs termes précis ». Donc, on ne peut appliquer les dispositions de l'article 792 au silence gardé sur une donation d'effets qui doivent plus tard entrer dans le partage, mais qui ne sont point des effets de la succession.

C'est là justement la question, répondait le pourvoi.

Les dames Broutta et Crescent prétendaient précisément que tout ce qui doit « entrer dans le partage » est un « effet de la succession ». Or, il y avait eu « rétention frauduleuse » de ces objets, donc recel. Le mot recel, ajoutait l'auteur du pourvoi, l'avocat Ambroise RENDU, a trait aux « objets qui, valablement reçus à l'origine, sont néanmoins indûment retenus, c'est-à-dire précisément les biens sujets à rapport et dissimulés lors du partage ».

Cet argument eût été aussi valable dans l'espèce précédente, où les biens « indûment retenus » étaient non seulement sujets à rapport, mais à réduction.

Et le pourvoi continuait : « Ce serait faire la plus fâcheuse confusion entre les principe du droit criminel et ceux du droit civil que d'exiger, pour qu'il y ait recel, qu'il s'agisse d'objets soustraits frauduleusement, c'est-à-dire volés. » L'article 792 doit recevoir application dès que l'héritier « retient de mauvaise foi ce qu'il doit rapporter à ses cohéritiers et faire entrer dans le partage ».

Devant la Chambre civile, l'Avocat-Général NICIAS-GAILLARD soutint la thèse du pourvoi. Il conclut à la cassation de l'arrêt de la Cour de Douai.

Le pourvoi fut néanmoins rejeté après délibération en chambre de conseil : 13 novembre 1855 — S. 1856.1.425.

L'arrêt, très fortement motivé, répondait à tous les arguments opposés par le pourvoi.

Alors que, le 6 novembre précédent, la Cour s'était bornée à affirmer que le silence intentionnellement gardé sur une donation rapportable et réductible ne constitue « évidemment » pas le délit prévu et puni par l'article 792, elle prenait, dans notre espèce, franchement parti.

Selon elle, l'article 792 ne réprime que les détournements qui, « soit à l'égard des autres héritiers, soit à l'égard des créanciers du défunt, constituent de véritables vols ». Cette fois, le mot est prononcé. Et la Cour donne, à l'appui, l'argument suivant : le mot recélé est « corrélatif, dit-elle, au mot divertissement et ne peut s'entendre, comme il s'entendait sous l'ancien droit, que de l'action de cacher les effets détournés ou volés; le défaut de déclaration par un des héritiers des donations qui lui auraient été faites entre vifs par le défunt ou le défaut de représentation des effets ainsi donnés ne constitue pas, à proprement parler, un recel ».

Négligeons la référence à l'ancien droit, qui n'est pas exacte. L'arrêt revient à considérer qu'il y aura recel, sur le terrain civil, toutes les fois qu'il y aurait vol sur le terrain pénal. Si cette définition très étroite est admise, la Cour de Cassation va être obligée d'exercer le contrôle le plus minutieux sur les décisions des Cours d'Appel qui auront qualifié recel tel ou tel fait incriminé.

Ainsi menacées de censure, les Cour d'Appel s'inclinèrent d'abord.

Le 19 août 1859, la Cour de Paris jugeait que le « silence gardé par la donataire sur les dons qu'elle a reçus ne présente pas les caractères du divertissement ou du recel ». — S. 1860.2.55.

Mais, bientôt, elle adoptait une autre doctrine, infirmant, le 11 février 1861, un jugement du Tribunal de Troyes, qui avait statué conformément à la jurisprudence de la Chambre Civile.

Une dame Léautez, qui avait eu deux enfants d'un premier mariage, épousait en secondes noces un sieur Billiotte. Un fils naquit de cette union. Dans le courant de l'année 1857, la dame Billiotte tomba malade. Le 14 septembre, alors que son état était presque désespéré, — elle allait mourir le 3 octobre, — les époux Billiotte, qui avaient déjà vendu à leur fils la quasi-totalité de leurs propriétés immobilières, lui cédèrent leur maison, pour le prix de 31.000 francs.

Après la mort de la dame Billiotte, les deux enfants du premier lit découvrirent que les sommes que leur beau-père aurait dû percevoir, comme prix de ces ventes successives, n'avaient reçu aucun emploi.

Les enfants Léautez prétendirent que ces ventes déguisaient des donations. Ils en demandèrent l'annulation et, subsidiairement, l'application des peines du recel contre leurs cohéritiers en ce qui touche le prix de la dernière vente.

Ils furent déboutés par le Tribunal de Troyes : 26 mai 1858.

En appel, la Cour de Paris maintint bien le caractère réel de la dernière vente. Mais elle adjugeait aux appelants le bénéfice de leurs conclusions subsidiaires et infirmait le jugement en ce qu'il avait décidé n'y avoir point lieu à l'application des peines du recélé.

Le motif, c'est qu'il y avait eu un « concert frauduleux organisé entre les époux Billiotte et Billiotte fils pour faire passer illégitimement dans les mains de ce dernier tous les biens dépendant de la communauté Billiotte ». Mais la Cour savait bien que le pourvoi lui reprocherait d'avoir étendu les « dispositions pénales » de l'article 792. Aussi, elle répondait par avance que, si les « avantages exorbitants » accordés à Billiotte fils peuvent tomber « sous une action ultérieure en réduction comme faits en violation de la réserve légale », ils n'en doivent pas moins « être retenus comme éléments d'appréciation des dispositions et combinaisons subséquentes qui font l'objet des appel et demande ».

Puis l'arrêt exposait par le menu comment, « sous l'influence de cette pensée d'exhérédation des enfants du premier lit, les époux Billiotte ont tenté, en 1857, de mobiliser leur fortune immobilière, sans autre intérêt que de la faire passer tout entière dans les mains de Billiotte fils » et comment ce dernier « est intervenu » pour faciliter certains actes frauduleux.

La Cour de Paris appliquait donc à Billiotte père et fils la double pénalité de l'article 792.

Ceux-ci formèrent un pourvoi en cassation de l'arrêt de Paris.

Ils reconnaissaient que les ventes de 1857 déguisaient de véritables donations, alors que la Cour de Paris en avait admis la sincérité. Ils admettaient même que les donations fussent réduites conformément aux règles sur la réserve et la quotité disponible. Mais, reprenant les arguments qui avaient motivé l'arrêt du 13 novembre 1855, ils demandaient que l'arrêt de Paris fût cassé, au chef qui prononçait les peines du recel.

La Chambre des Requêtes laissa passer le pourvoi, mais celui-ci fut rejeté par la Chambre Civile : 27 novembre 1861. — S. 1862. 1.489.

La Cour admettait bien qu'il y avait eu « vente sérieuse et licite », mais seulement « en tant qu'elle avait pour objet d'assurer à Billiotte fils la transmission » d'un conquêt de communauté; car, en ce qui concerne les sommes qui auraient été payées, elles ne se sont pas

retrouvées après le décès et les juges du fait n'ont pu constater à leur sujet ni perte, ni emploi, ni dépense. La conclusion s'imposait : elles avaient été diverties par Billiotte père et fils, aux dépens de la communauté et de la succession.

Cette décision de la Chambre civile, en opposition totale avec celles de 1855, jeta quelque désarroi dans la jurisprudence.

Ainsi, le Tribunal de Bayonne jugeait encore, le 25 août 1863 — S. 1865.2.105 — que faire tous ses efforts pour s'assurer le bénéfice d'une libéralité non légitimement acquise ne saurait constituer un recel.

Mais, deux ans plus tard, la Cour de Montpellier reprenait la doctrine nouvelle de la Chambre Civile.

Un sieur Antoine Ginestet est trouvé, après la mort de son père, en possession de sommes importantes qui avaient appartenu au de cujus. La quotité disponible était épuisée.

Que dit la Cour ? Que Ginestet « ne pouvait détenir ces sommes ni comme donataire, ni comme héritier, et ne pouvait se les approprier qu'en déniaient leur existence entre ses mains, ce qui constitue bien le détournement que le législateur a voulu réprimer ».

Certes, il était de jurisprudence constante, avant la décision de 1861 de ne point étendre les dispositions de l'article 792 à des espèces où il s'agit simplement de faire respecter les règles sur la réserve et la quotité disponible.

A cet argument, la Cour de Montpellier répondait que son interprétation de l'article 792 « est une garantie de l'égalité des partages, qui est le principal objet des préoccupations de la loi ». C'est en effet l'idée qui commence à apparaître dans certains arrêts.

Puis, la Cour répond directement à la théorie de la Chambre Civile de 1855, selon laquelle l'article 792 ne vise que les faits qui constituent « de véritables vols ».

Elle déclarait que si le législateur a affranchi les actes constitutifs de recel « de la qualification pénale qui paraît leur convenir, et de la pénalité qui s'y rattache, il a au moins voulu atteindre toute dissimulation qui tend à diminuer l'actif héréditaire au profit de l'un des ayants-droit, alors même que ces dissimulations n'auraient pas le caractère du vol ou de l'escroquerie ». Et cela, toujours dans la même intention de garantir « l'égalité des partages », selon la formule qui commence à devenir courante.

Comme toutes les décisions inspirées de la même idée, celle de Montpellier s'attache avant tout à l'intention des coupables et au but du législateur, laissant de côté les moyens. Du 31 août 1865 — S. 1865.2.386.

Cependant, le désarroi que nous avons signalé dans la jurisprudence comme conséquence de l'arrêt de la Chambre Civile de 1861, se manifestait d'une façon éclatante dans une décision de cette même Cour de Montpellier, en date du 27 novembre 1867 — S. 1868.2.68.

Un héritier était en même temps donataire de sommes excédant la quotité disponible. Il garda le silence sur cette donation, au moment de l'inventaire. Ses cohéritiers demandèrent contre lui l'application des dispositions de l'article 792.

La Cour de Montpellier rejeta cette demande et jugea que seuls étaient applicables les textes relatifs à la réduction. « On ne peut, disait-elle, sans forcer abusivement le sens de la loi, assimiler à un détournement la simple dissimulation des effets reçus, car le détournement implique la soustraction frauduleuse d'un objet dont on a la possession à un titre quelconque, tandis que la dissimulation suppose que l'objet a été reçu, qu'il est soumis à rapport, et qu'il est encore retenu, avec ou sans droit. »

Il n'était plus question, comme dans l'espèce précédente, jugée sans doute par d'autres conseillers, de diminution de l'actif héréditaire, de garantie de l'égalité des partages. La Cour raisonnait sur les mots « détournement » et « dissimulation », comme s'ils eussent eu un sens technique précis, alors que le Code civil dit « recel » ou « divertissement ». Elle tentait de caractériser le recel par les moyens matériels mis en œuvre. En faisant ainsi prédominer le fait sur l'intention, la Cour devait nécessairement aboutir à la solution inverse de celle qu'elle avait donnée en 1865.

Une note anonyme du Recueil de Sirey, place cet arrêt de 1867 sous la haute autorité de DEMOLOMBE. Elle se réfère à son « Traité des Successions », t. II, n° 476. Demolombe, explique l'arrêtiste, admet que le défaut de déclaration d'objets détenus et rapportables ne constitue pas un recélé. La raison, il la faut chercher dans le texte même de l'article 792. Cet article vise le recel « d'effets de succession ». Cela veut dire d'effets qui se trouvent dans l'hérédité et qui lui appartiennent au moment où la succession s'ouvre. Cette condition n'est pas remplie par les objets que le de cujus a donnés de son vivant :

ils ne font plus partie des biens héréditaires lorsque la succession s'ouvre. Ce ne sont donc pas des « effets de la succession » et l'article 792 ne leur est pas applicable.

L'arrêtiste anonyme n'était point sans connaître l'existence de l'arrêt précédent de la Cour de Montpellier. Mais il justifiait ainsi la contrariété apparente des décisions : dans l'espèce de 1865, disait-il, le coupable ne s'était pas borné à « dissimuler » ; il avait « dénié » la possession des biens héréditaires. On pouvait répondre qu'entre une dénégation et une dissimulation, la différence est minime lorsque l'une et l'autre aboutissent au même résultat, à savoir la diminution d'une partie de l'actif héréditaire. Mais nous retrouvons encore ici l'application du procédé habituel, consistant à ne s'occuper que de la manière dont le délit est perpétré, sans se soucier aucunement de l'intention qui a présidé à cette perpétration, ni du résultat, qui seul importe, en dernière analyse.

Depuis 1855, nous voyons la jurisprudence ballottée entre les deux tendances. Et, au fond, les arrêts ne se répondent pas du tout. Ainsi que nous l'avons constaté maintes fois, ils se placent sur l'un des deux terrains connus : fait matériel ou intention. Et, selon le terrain choisi, la solution découle nécessairement.

Un autre exemple nous en est fourni par une affaire Dujay et Ségoffin contre Brière, jugée par la Cour d'Amiens, le 2 juin 1869 — S. 1870.2.205.

Un certain Saint-Quentin-Lefort était mort en 1851, laissant sa veuve commune en biens et trois enfants, dont l'un, Eloi, avait quitté la France, après avoir été mis en faillite. La succession se composait pour partie d'une créance de 135.000 francs contre les deux autres enfants du sieur Saint-Quentin. Pour soustraire cette somme aux poursuites des créanciers du failli, les héritiers s'abstinrent d'en faire la déclaration, convinrent que les intérêts en seraient payés à la dame Saint-Quentin et qu'après son décès, cette créance serait partagée secrètement entre les deux enfants débiteurs, le sieur Saint-Quentin et la dame Lemoine, et les deux enfants du failli, les dames Dujay et Ségoffin. C'est ce qui fut fait après la mort de la veuve Saint-Quentin, survenue en 1854; son fils Eloi était mort l'année précédente.

Mais un des créanciers de ce dernier, un sieur Brière, eut connaissance de ces arrangements. Il intenta contre les dames Dujay et Ségoffin une action tendant à les faire déclarer déchues de leur bénéfice

d'inventaire, comme s'étant approprié des sommes lui revenant dans la succession du défunt sieur Saint-Quentin.

L'affaire alla jusqu'à la Cour d'Amiens.

Son arrêt est visiblement inspiré de la jurisprudence de 1855. « Il est constant, y lisons-nous, que l'héritier qui a dissimulé une donation, même excédant la quotité disponible, ne tombe pas sous l'application de l'article 792, par la raison que l'effet de la donation ayant été de faire passer les objets donnés du patrimoine du défunt dans celui du donataire, ce dernier n'a pu recéler un effet de la succession ». C'est le motif tiré de l'ouvrage de Demolombe et c'est sur ce point qu'un nouveau duel va s'engager entre tenants et adversaires de l'interprétation étroite du recel.

D'autre part, toutes les notions qui avaient servi de base aux anciens arrêts étaient invoquées, ce qui donnait à la jurisprudence une allure assez chaotique.

Dans une affaire Lefebvre, où il s'agissait d'une donation dépassant le disponible, et dans laquelle le donataire s'était abstenu « intentionnellement et de mauvaise foi » de déclarer ce qu'il avait reçu, allant même jusqu'à « nier toute détention sur les diverses interpellations faites », la Cour de Paris, confirmant un jugement du Tribunal de la Seine, considéra qu'il y avait lieu de faire application à l'héritier des peines de l'article 792.

L'arrêt en donnait deux raisons :

L'une tirée de la nécessité de maintenir l'égalité du partage. L'autre, visant l'application des règles sur la réserve, cette fraude ayant pour but, disait l'arrêt, « de violer la loi, en attribuant une somme de 40.000 francs au légataire universel, en sus de la portion disponible ».

La Cour de Paris faisait ainsi ce que la Cour de Rennes avait expressément condamné en 1854, lorsqu'elle jugeait « que la pénalité établie par l'article 792 ne peut pas devenir la sanction des dispositions légales qui fixent les réserves et quotités disponibles ». Du 3 janvier 1874 — S. 1874.2.118.

L'argument pris à l'ouvrage de Demolombe sur la définition de l'expression « effets de la succession » allait être invoqué contre les décisions, encore rares d'ailleurs, inspirées de l'esprit novateur.

Moins de six mois après l'arrêt de Paris, le 2 juin 1874 — S. 1875.2.7 — la Cour de Bordeaux consacrait de nouveau la doctrine de 1855, en raisonnant sur le sens du mot « effet de succession ».

Dans une même maison, vivaient un père de famille, Barthélemy Dussillol, sa fille, Catherine et le mari de celle-ci, nommé Yon. A la mort de Dussillol, l'inventaire fait par les époux accusa la somme « ridicule » — c'est le terme employé par les juges de première instance — de 1 franc 15 centimes.

Les époux Yon affirmaient cependant n'avoir rien détourné. Mais lorsque l'on voulut inventorier la partie de la maison dans laquelle ils vivaient, ils s'y opposèrent « formellement ».

Le fils du de cujus, qui venait de payer à son père une quinzaine de milliers de francs qu'il lui devait, intenta contre sa sœur et son beau-frère une action fondée sur l'article 792.

Le Tribunal de Bazas jugea, le 17 juin 1873, qu'il était « évident que les époux Yon ont voulu s'approprier, au préjudice de Dussillol fils les sommes d'argent qui étaient en leur possession au moment du décès ».

Les époux Yon firent appel.

La Cour de Bordeaux rejeta l'hypothèse du recel comme insuffisamment établie. Se fondant sur des témoignages de première instance concernant l'antipathie de feu Dussillol pour son fils, elle admettait que le de cujus avait dû faire des dons manuels aux époux Yon, afin de ne rien laisser à son fils.

Certes, lesdits époux Yon auraient dû déclarer l'existence de ces dons manuels, et ils avaient commis une faute en ne le faisant pas. Mais, « en droit », disait la Cour de Bordeaux, il n'y avait point là de divertissement ou de recel. Pourquoi? Toujours pour la raison que nous connaissons, à savoir que « les effets donnés de son vivant par le défunt ne sont plus dans sa succession et conséquemment ne peuvent en être détournés ».

C'était l'argument que l'on allait opposer le plus volontiers aux partisans de la notion extensive du recel.

Après la Cour de Bordeaux, la Cour de Rouen le consacrait dans une affaire Omont.

Peu de temps avant sa mort, le sieur Omont avait vendu un de ses immeubles. Sur le prix qui fut payé, la dame Omont conserva une somme de 30.000 francs qu'elle s'abstint de déclarer à l'inventaire. Sur interpellation des héritiers du mari, elle dénia la possession de cette somme.

Les héritiers Omont obtinrent du Tribunal de Rouen la condamnation de la veuve, en vertu des dispositions de l'article 1477.

Mais, sur appel, la Cour de Rouen refusait d'admettre l'hypothèse du recel. Comme naguère celle de Bordeaux, elle s'en tenait à celle du don manuel. Or, expliquait l'arrêt, le don manuel est « une cause légitime de possession ». Quant aux règles sur la quotité disponible, elles ont leur siège aux articles 843 et 844. Conformément au principe posé par la Cour de Cassation en 1855, l'article 1477 n'a rien à voir dans cette question. Restait les manœuvres de la dame Omont, dissimulant, puis déniait la possession de ladite somme de 30.000 francs. Si blâmables qu'elles fussent, elles ne sauraient, disait la Cour, changer « rétroactivement » le caractère de la détention de cette somme par la dame Omont, « en lui imprimant celui d'un détournement ou d'un recel ». Du 26 février 1877 — S. 1877.2.120.

Donc, pour la Cour de Rouen, il n'y a point divertissement dans le fait de dissimuler des valeurs sujettes à rapport ou à réduction, dans le fait même d'en dénier fausement et de mauvaise foi la possession, dès lors que cette possession n'est pas « illégitime dans son principe ». Et si même, refusant de suivre Demolombe et la jurisprudence, on déclarait que toute donation réductible est un « effet de la succession » au sens de l'article 792, on ne punirait cependant pas le donataire, puisque la possession d'un bien donné, même au delà du disponible, n'est pas « illégitime dans son principe ».

Les diverses Cours d'Appel avaient tendance à s'engager dans cette voie de l'indulgence, sous prétexte de rigueur juridique.

Nous en trouvons un nouvel exemple dans une affaire Boyer jugée par la Cour d'Aix, le 21 janvier 1880 — S. 1881.2.68.

Une dame veuve Boyer avait vendu, un peu avant de mourir, tous ses biens immobiliers et en avait remis le prix à son fils, de la main à la main, dans l'intention de l'avantager au détriment de ses cohéritiers.

A la mort de la dame Boyer, cette somme se trouva constituer, en fait, toute la succession.

Actionné par ses cohéritiers qui avaient découvert la fraude, Boyer fut condamné, le 31 juillet 1879, par le Tribunal de Forcalquier, à la restitution des sommes formant la réserve légale de ses cohéritiers.

Mais le Tribunal et la Cour d'Aix refusèrent de voir là un fait constitutif de recel. La raison, c'est que Boyer avait été « nanti des

dites sommes du vivant de sa mère et par la volonté expresse de celle-ci, à un moment où il n'était pas encore son héritier, puisque sa succession n'était pas encore ouverte ».

C'est l'argument de la Cour de Rouen sur le caractère légitime du principe de la possession. C'est également le signe que la jurisprudence continue à ne point vouloir mêler les règles sur la réserve et les prescriptions relatives au divertissement.

La Cour de Paris consacrait à son tour la théorie du principe légitime de la possession, dans un arrêt rendu le 30 janvier 1885 — *Gaz. Pal.* 1886.1 suppl. 26.

Un sieur Gondard avait institué légataires universelles une demoiselle Véraeghe et une dame Pécon. Cette dernière était fille naturelle de Gondard, donc héritière réservataire, en vertu de la combinaison que faisait la jurisprudence, avant la loi de 1896, des articles 757 et 913.

Gondard fit don manuel à la demoiselle Véraeghe d'une somme de 25.000 francs qu'elle plaça en rente viagère, et il confia aux sieurs Rousseau et Seigneur, avec mandat de remettre ces valeurs à la demoiselle Véraeghe, après sa mort, 760 francs de rente 4 $\frac{1}{2}$ % et vingt obligations du chemin de fer P.L.M.

Après la mort de Gondard, Rousseau et Seigneur, conformément au mandat reçu du de cujus, remirent les valeurs en question à la demoiselle Véraeghe. Or, la loi leur faisait une obligation de les remettre à l'héritière de Gondard, la dame Pécon. Ils allèrent même plus loin et, à la demande de la demoiselle Véraeghe, qui désirait dissimuler plus facilement les valeurs reçues, ils les transformèrent en rente 3 %.

La dame Pécon découvrit la fraude.

Elle conclut, devant le Tribunal de la Seine, à l'application des peines du recel, tant pour le don manuel de 25.000 francs, que pour les valeurs transmises par l'intermédiaire de Rousseau et Seigneur. Le Tribunal fit droit à sa demande.

Mais la Cour de Paris distingua.

En ce qui concerne le don manuel de 25.000 francs, elle écartait toute idée de recel. Elle justifiait sa solution par l'ancien argument de Demolombe : la somme en question, « ayant été donnée entre vifs, ne fait pas partie des effets de la succession ».

Pour les autres valeurs, la Cour semble avoir plutôt suivi la doc-

trine des arrêts de Rouen et d'Aix. Elle déclarait en effet que la demoiselle Véraeghe ne pouvait prétendre « qu'elle ait reçu et conservé lesdites valeur de bonne foi, croyant en être propriétaire... » En d'autres termes, la Cour de Paris signifiait à la demoiselle Véraeghe qu'elle ne pourrait se prévaloir d'une possession légitime dans son principe. Elle appliquait sur ce point les dispositions de l'article 792.

L'argument un peu verbal emprunté à Demolombe avait fait, nous l'avons vu, une brillante carrière. Il est encore invoqué par la Cour de Lyon en 1890.

La Cour déclarait expressément qu'un objet donné de son vivant par le de cujus n'est point un effet de la succession au sens de l'article 792 et que les peines du recel ne sont pas applicables en la matière. Du 25 juin 1890 — Mon. Jud. de Lyon, 20 septembre 1890.

En somme, la notion étroite du recel qui avait été celle de la jurisprudence en 1855, dominait toujours. On avait trouvé, pour la justifier, de plus subtils arguments : sens de l'expression effet de la succession; possession légitime dans son principe. Mais l'idée était la même.

A la vérité, la Chambre civile avait tenté une réaction vigoureuse en 1861 et la Cour d'Appel de Montpellier avait tout d'abord suivi, au nom de l'égalité des partage.

Mais elle se déjouait bientôt et, sauf un arrêt de Paris, en 1874, les Cours d'Appel revenaient à la doctrine des arrêts de 1855, se bornant à en changer les motifs.

La Cour de Cassation allait avoir bientôt l'occasion d'intervenir de nouveau. En 1861, elle avait jugé moins en droit pur qu'en droit appliqué, si l'on nous passe cette expression. C'est-à-dire qu'en vérité elle avait été presque déterminée par des considérations de fait, ce qui explique en partie l'échec final de sa tentative.

En 1893, dans l'affaire Casaux-de la Béraudière, elle allait poser les principes applicables à la matière et faire effort pour fixer la jurisprudence.

En 1887, à la mort du comte de la Béraudière, ses quatre enfants se portèrent adjudicataires du domaine de Bouzillé qui dépendait de sa succession. A la suite des opérations du partage, ils se trouvaient débiteurs, envers la comtesse de la Béraudière, chacun de 170.000 francs, soit au total, de 680.000 francs.

Avant sa mort, la comtesse remit à chacun de ses enfants un reçu fictif de ladite somme.

Mais, l'un d'entre eux, Madame de Casaux, argua d'une promesse d'égalité qui figurait à son contrat de mariage et demanda que ses cohéritiers fussent tenus de rapporter à la succession de la dame de la Béraudière les sommes fictivement versées à celle-ci et qu'ils fussent privés de toute part dans lesdites sommes, par application de l'article 792.

Le Tribunal de la Seine rendit son jugement, le 14 novembre 1891. Il reconnaissait que la défunte comtesse avait violé les règles relatives à la réserve et les dispositions du contrat de mariage de la dame de Casaux concernant la promesse d'égalité.

En conséquence, il refusait tout effet à la donation déguisée attaquée par Madame de Casaux. Mais il écartait l'application de l'art. 792, par le motif que ce texte, « parlant du divertissement ou du recel des effets d'une succession, il n'y avait point lieu d'en étendre les termes aux biens que le successible tiendrait d'une libéralité faite par le de cujus de son vivant et qui ne dépendent plus de son patrimoine, au jour de son décès ».

Nous reconnaissons là l'argument tiré du sens de l'expression « effets de la succession », qui avait entraîné la décision de la Cour de Montpellier en 1867, et celle de la Cour de Bordeaux en 1874.

Sur appel, la Cour de Paris confirma purement et simplement : 27 octobre 1892.

Cependant, c'est la Cour de Paris qui, seule parmi les Cours d'Appel, avait rendu, en 1874, un arrêt motivé par la volonté de faire respecter les règles sur la réserve et le principe de l'égalité des partages. Et c'était le cas, ou jamais, d'invoquer ce principe, puisque les intéressés y avaient tellement tenu qu'ils l'avaient consacré *in terminis* dans le contrat de mariage de Madame de Casaux.

Evidemment, c'est sur le respect dû à ce principe que se fondait essentiellement le pourvoi formé par la dame de Casaux.

Le Conseiller Rapporteur MONOD faisait sienne la doctrine jadis développée dans un pourvoi, rédigé par Ambroise Rendu contre un arrêt de Douai, pourvoi que, d'ailleurs, la Chambre Civile avait rejeté, le 13 novembre 1855.

Pour lui, est un effet de la succession, au sens de l'article 792,

tout bien qui doit entrer dans le partage et en particulier une donation rapportable.

Puis, élargissant le débat, le Conseiller Monod posait en principe que l'article 792 doit frapper toute fraude quelconque tentée par un cohéritier dans le partage d'une succession. C'était le point de vue qui, à cette époque, devenait celui de la jurisprudence.

Mais le Conseiller Monod distinguait deux catégories de personnes qu'une telle fraude peut atteindre : les créanciers de la succession; les cohéritiers.

« Au regard des créanciers, expliquait-il, ce qu'il faut sauvegarder, c'est leur droit de gage. L'article 792 punira toute fraude, tout divertissement, toute diminution dolosive des biens soumis à ce droit de gage et, comme le rapport n'est pas dû aux créanciers, il ne punira pas, à leur égard, la dissimulation des biens rapportables, parce que, en ce qui concerne les créanciers héréditaires, ce ne sont pas des effets de la succession. — Entre cohéritiers, ce qu'il faut sauvegarder, c'est la règle de l'égalité du partage; l'article 792 punira toute fraude ayant pour but d'y porter atteinte, toute dissimulation des biens rapportables, car, à l'égard des cohéritiers, ce sont bien des effets de la succession. »

Le Conseiller Monod revenait ainsi, par une sorte de mouvement tournant, à l'argumentation du Tribunal de la Seine, admise par la Cour de Paris et suivant laquelle une donation faite du vivant du de cujus n'est pas un effet de la succession. Non, en effet, si l'héritier ne se trouve en présence que de créanciers héréditaires, auxquels le rapport n'est pas dû. Si, au contraire, si l'héritier a en face de lui des cohéritiers qui réclament l'application à leur profit du principe de l'égalité des partages.

Thèse ingénieuse et fort juridique qui fut consacrée par la Chambre Civile. Elle cassa l'arrêt de Paris, 11 juillet 1893 — Gaz. Pal. 1893.2.178 — sur ce que « les faits de divertissement et de recel... peuvent résulter de toute fraude ayant pour but de rompre l'égalité du partage entre cohéritiers; qu'il en est ainsi notamment lorsque l'héritier qui a reçu une donation déguisée sous la forme d'une remise de dettes et qui ne l'a pas déclarée dans l'inventaire dressé après le décès du donateur, affirme faussement, pour la dissimuler et la conserver exclusivement, avoir versé au de cujus, sous forme d'acquit de la même dette, une somme égale au montant de la libéralité dont il a été gratifié; qu'en effet, il est manifeste que le législateur, en édictant les pénalités de

l'article 792, a voulu, à l'aide d'une sanction énergique, assurer le respect, par les héritiers, de la règle fondamentale du partage égal des successions; que, dès lors, les donations rapportables, par cela même qu'elles font partie de la masse à partager, sont nécessairement comprises dans les effets de la succession, au sens qu'ont ces mots dans l'article précité... »

La Chambre Civile entendait nettement faire prédominer l'interprétation extensive.

Les Cours d'Appel se soumirent.

La Cour de Rouen, saisie comme Cour de renvoi, abandonnait sa subtile argumentation de 1877 sur le principe « légitime de la possession ».

Elle adoptait la thèse de la Cour Suprême sur le but et les conditions d'application de l'article 792. Et, non seulement, elle renonçait à sa jurisprudence sur le principe légitime de la possession, mais encore, au lieu d'une simple prétérition, elle reprenait son ancien point de vue pour le combattre et affirmer que, s'agissant de donations rapportables, elles devaient être considérées comme des effets de la succession, lors bien même qu'elles eussent été données et possédées « en vertu d'un titre régulier ». — S. 1887.1.459.

La Cour de Bordeaux abandonna également sa doctrine fondée sur le sens particulier de l'expression « effet de la succession ».

Un sieur Barrat avait fait donation à sa femme peu de temps avant de mourir, d'une somme de 7.320 francs, qui se trouvait, par suite d'autres libéralités, excéder la quotité disponible.

La dame Barrat se garda bien de déclarer cette donation lors de l'inventaire qui suivit la mort du sieur Barrat.

La fraude fut découverte et les héritiers Barrat demandèrent au tribunal de prononcer contre la veuve les sanctions de l'article 1477. Les premiers juges, sans dénier le caractère irrégulier de la donation, refusèrent de qualifier recel les manœuvres de la dame Barrat.

Sur appel, la Cour de Bordeaux considéra aussi que l'article 1477 était inapplicable, parce que la donation avait eu pour effet de faire valablement sortir de la communauté les biens qui en faisaient l'objet.

Mais, en ce qui concerne les règles relatives au rapport, la Cour n'hésitait plus à faire application des dispositions de l'article 792, puisque la Cour Suprême avait décidé que de tels biens étaient des

effets de la succession. Du 20 décembre 1893 — Gaz. Pal. 1894, 1.510.

La Cour de Bordeaux jugeait de même dans une espèce où la donation rapportable avait été dissimulée, non plus par une veuve commune, mais par l'héritier gratifié : 12 mars 1895 — Rec. Bordeaux, 1^{re} part., p. 191.

Cette jurisprudence nouvelle allait être imposée aux Cours d'Appel qui résistaient encore, par un nouvel arrêt de la Chambre Civile, rendu dans la célèbre affaire Stourdza-Gortschakow.

Le prince Michel Stourdza était mort dans le courant de l'année 1885. Ses héritiers avaient signé un pacte de famille, relativement à la liquidation de sa succession, le 14 février de l'année suivante.

Mais la fille du de cujus, la princesse Gortschakow, s'empara, dans des conditions très suspectes, d'une somme de 140.000 francs déposée à Bade, dans un coffre-fort, puis, après la signature même du pacte de famille, d'une somme de 26.000 francs, déposée à Paris, hôtel de Varennes.

D'autre part, un mois environ avant l'inventaire des biens de la succession, le 15 juin 1885, la princesse faisait vendre à Amsterdam quatre titres de 200.000 florins, les faisait arbitrer contre des fonds allemands, les plaçait à Berlin, puis les retirait « dans des conditions suspectes et mytérieuses pour les confier à un parent. »

Le frère de la princesse, Grégori Stourdza, eut connaissance de ces faits. Il demanda contre sa sœur l'application des peines du recel.

La Cour de Paris jugeait que l'article 792 ne pouvait s'appliquer dans l'espèce : 20 janvier 1893.

En ce qui concerne les sommes déposées à Paris et à Bade, la mauvaise foi de la princesse n'était pas suffisamment établie, aux yeux indulgents de la Cour.

Quant aux florins vendus à Amsterdam, puis arbitrés contre des fonds allemands, il était certain que la princesse n'en avait déclaré la possession, ni à l'inventaire de 1885, ni au pacte de famille de 1886. Mais elle tenait cette somme d'une donation que le prince Michel Stourdza lui avait faite de son vivant. Et la Cour de Paris, reprenant l'argument de jadis sur le sens de l'expression « effet de la succession », décidait qu'une telle somme, valablement sortie du patrimoine du de cujus, ne pouvait être considérée comme un effet de la succession et donner lieu à l'application du texte de l'article 792.

La Cour, en somme, désavouait sa jurisprudence de 1874, date à laquelle, dans une affaire Lefebvre, elle avait fait prédominer le principe de l'égalité des partages, en opposition avec toutes les Cours d'appel, en particulier celle de Bordeaux — qui s'était aussi désavouée, mais en sens inverse.

Mais la Cour de Paris omit de s'expliquer sur la dispense de rapport accompagnant la donation; quelle que pût être la doctrine de la Cour Suprême sur le sens du mot effet de la succession, il fallait au moins que cette constatation fût faite.

La Chambre Civile, d'ailleurs, n'avait point abandonné le principe qu'elle venait de formuler, l'année précédente, dans l'affaire de Casaux. Elle affirmait de nouveau que « les donations rapportables, par cela même qu'elles font partie de la masse à partager, sont des effets de la succession ». Par conséquent, l'article 792 devenait applicable. Et l'arrêt de Paris fut cassé : 21 mars 1894 — Gaz. Pal. 1894.1.457.

L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'Orléans.

Celle-ci abandonna complètement l'ancienne doctrine sur les rapports des articles 792 et 843, doctrine selon laquelle, nous nous en souvenons, les règles relatives à la réserve et à la quotité disponible n'ont rien à voir avec les prescriptions touchant le recel. Loin de dire, avec la Cour de Rennes — 1^{er} mai 1854 — que l'article 792 ne peut pas devenir « la sanction des dispositions légales qui fixent les réserves et quotités disponibles », la Cour d'Orléans estimait que le but commun de ces deux textes est « d'assurer le partage égal du de cujus (sic) entre ses héritiers. » L'article 792 pouvait ainsi devenir la sanction des dispositions de l'article 843.

L'arrêt venait ensuite à l'argument tiré du mot « effet de la succession ». Comme naguère le Conseiller Monod, dans l'affaire de Casaux, la Cour répondait par le principe de l'égalité des partages, sagement appliqué et entendu.

« Au point de vue de cette égalité du partage, lisons-nous dans l'arrêt, le patrimoine ne comprend pas seulement les biens existant au jour du décès..., mais on y doit réunir tous ceux dont il a disposé de son vivant, à titre gratuit, au profit de ses héritiers; dès l'instant où ces derniers dissimulent, même par une simple absence de déclaration, les libéralités non préciputaires qui leur ont été faites par le de cujus, et qu'ils ont pour but de se soustraire au rapport de ces libéralités, ils rompent l'égalité du partage et commettent un recélé au sens de l'article

792 », cet article ayant « virtuellement compris les donations rapportables dans ces mots effets de la succession ».

L'article 792 devenait ainsi bien nettement la sanction des dispositions légales relatives à la réserve et à la quotité disponible.

En fait, la Cour d'Orléans jugeait que la donation des florins dont excipait la princesse Gortschakow était réelle; que, de plus, elle était précipitaire et n'excédait point la quotité disponible. En conséquence, elle n'était pas un effet de la succession et l'article 792 ne pouvait recevoir application : du 6 mars 1895 — Gaz. Pal. 1897.2.277.

Le prince Gregori Stourdza forma un pourvoi en cassation de l'arrêt d'Orléans.

La Chambre Civile consacra la thèse juridique de la Cour d'Appel — conséquence de la doctrine admise par la Cour Suprême dans l'affaire de Casaux — mais elle cassa pour un motif tiré des règles sur l'aveu et qui n'est d'aucun intérêt pour notre étude : 14 avril 1897 — S. 1900.1.454.

L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'Amiens.

En droit, elle se bornait à rappeler, comme admis, les principes nouveaux sur le recel.

En fait, elle jugeait que la donation dont se prévalait la princesse Gortschakow n'était point précipitaire; qu'elle était donc un effet de la succession, au sens de l'article 792 et que les peines prévues par ce texte devaient s'appliquer, puisque la donation avait été dissimulée : 3 mars 1898 — Gaz. Pal. 1898.1.605.

Et cette affaire fameuse se termina par un arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes contre le pourvoi formé par la princesse Gortschakow, le 14 novembre 1899 — S. 1900, 1.455.

La Cour de Paris elle-même, qui, après avoir soutenu la notion extensive en 1874, était revenue à l'interprétation étroite en 1892 et 1893 (affaires de Casaux et Stourdza) s'inclina, à son tour.

Le 17 décembre 1895, sur un appel du Tribunal de Dreux, elle décidait que toute donation faite par le de cujus, de son vivant, et soumise au rapport, rentrait à ce titre dans la dénomination « effet de la succession » et devait être déclarée par l'héritier qui l'a reçue, « sous les peines portées par l'article 792 ». — Gaz. Pal. 1896.1.207.

Lorsque la donation avait été faite avec dispense de rapport, certaines Cours d'Appel avaient tendance à considérer que l'objet donné

n'était plus un effet de la succession, lors bien même que la donation eût été soumise à réduction.

Il y a, sur cette question, deux arrêts de la Cour de Douai, rendus à quelques mois d'intervalle.

Dans son arrêt du 9 avril 1897, la Cour jugeait que « la donation a fait sortir du patrimoine du donateur et fait entrer dans celui du donataire les valeurs ou écus, objet de cette donation; que l'article 792 est inapplicable à des objets donnés avec dispense de rapport et soumis seulement à la réduction », et qui, en conséquence, « ne faisaient plus partie des effets de la succession. »

Puis, le 8 juillet suivant, la Cour de Douai faisait une distinction. Lors bien même que la donation aurait été faite avec dispense de rapport, elle peut être sujette à réduction. En pareil cas, elle fait partie de la masse à partager dans la mesure précisément où elle est réductible, c'est-à-dire que, dans cette mesure, l'article 792 doit s'appliquer. — Rec. Jurisprudence, Douai, 1898, 168 et 1897, 242.

Le principe était dès lors bien admis.

Dans l'affaire Barrat jugée en 1893 par la Cour de Bordeaux, la Chambre Civile, saisie du pourvoi de la dame Barrat, pourvoi que la Chambre des Requêtes n'avait point osé arrêter, le rejetait, par le simple motif que l'article 792 doit s'appliquer à l'époux qui a recélé une libéralité rapportable pour « spolier la succession, en se procurant un avantage illicite » : du 8 février 1898 — Gaz. Pal. 1898.1.251.

Cependant, la Cour de Paris, qui avait semblé s'incliner en 1895, après la cassation de son arrêt dans l'affaire Stourdza, rendit encore une décision dissidente, le 22 mai 1896.

Elle refusait de considérer comme un effet de la succession un don manuel susceptible d'excéder la quotité disponible, par le seul motif qu'il n'était point rapportable.

Thèse devenue insoutenable.

La Cour de Cassation, consacrant sur ce point la jurisprudence récente de la Cour de Douai, jugeait que « les donations non rapportables qui sont sujettes à réduction font partie de la masse partageable dans la mesure où elles excèdent la quotité disponible, et, par suite, sont des effets de la succession, au sens de l'article 792 ». Du 30 mars 1898 — S. 1898.1.489.

Mais, la Cour de Paris avait tiré du caractère non rapportable de la donation un autre argument : à savoir que le donataire dispensé de tout

rapport, était évidemment de bonne foi et que l'intention frauduleuse, nécessaire pour appliquer l'article 792, ne se rencontrait pas dans l'espèce.

La Cour de Cassation ne s'arrêta point à cet argument.

Pour elle, le défaut de déclaration en lui-même est frauduleux. Dans l'incertitude où le donataire se trouve de l'importance de la quotité disponible, et dans l'ignorance où il est du point de savoir si elle est entamée par la donation à lui faite, il doit, pour demeurer de bonne foi, déclarer la donation qu'il a reçue.

Considérer que le défaut de déclaration en lui-même est une fraude était une solution rigoureuse que certains tribunaux hésitèrent à admettre.

C'est ce qui apparaît dans une affaire Haupais-Lebon, jugée à Rouen en 1898, et qui fit l'objet d'un pourvoi devant la Cour Suprême.

Une dame François Mallet était morte à Rouen, le 11 novembre 1897. Elle laissait pour héritiers, d'une part, sa fille, une dame Duval, d'autre part, trois petits-enfants représentant leur mère prédécédée, les dames Haupais et Lebon et M. Julien Cochon.

La dame Mallet avait légué à la fille de la dame Lebon, la quotité disponible, à prendre, dans la succession, sur la part de la dame Duval et du sieur Cochon. Par un testament postérieur, elle avait légué diverses valeurs mobilières aux dames Haupais et Lebon.

Lors de l'inventaire, chaque héritier déclara n'avoir aucun don manuel en sa possession.

Puis, les dames Haupais et Lebon demandèrent la délivrance de leurs legs et l'attribution à la mineure Lebon de la quotité disponible, à prélever sur la part de la dame Duval et du sieur Cochon.

A cette demande, la dame Duval répondit que ses deux cohéritières avaient détourné pour 74.000 francs de valeurs, recueillies jadis par la défunte dame Mallet dans diverses successions.

Les dames Haupais et Lebon répliquèrent qu'elles détenaient ces valeurs en vertu d'un don manuel fait par préciput et hors part.

La dame Duval et le sieur Cochon les assignèrent alors devant le Tribunal de Rouen pour voir dire qu'elles avaient recélé ladite somme de 74.000 francs et qu'elles seraient privées de toute part en icelle.

Le jugement fut rendu le 28 juin 1898.

Le tribunal admettait la réalité du don manuel préciputaire. Mais, il n'en demeurait pas moins que, sur interpellation du notaire, lors de

l'inventaire qui avait suivi la mort de la dame Mallet, les dames Haupais et Lebon avaient déclaré n'être en possession d'aucun don manuel.

Mais, le tribunal de Rouen ne s'embarrassa point pour si peu. « Les dames Lebon et Haupais ont pu croire, déclara-t-il, qu'il n'était pas obligatoire pour elles de révéler l'existence » de ces libéralités.

Et sans souci d'une apparence de contradiction qu'une Cour d'Appel un peu méticuleuse eût pu relever dans ses motifs, le tribunal ajoutait que les dames Haupais et Lebon « n'avaient pas formellement dénié » l'existence de ces libéralités; qu'elles les avaient seulement « passées sous silence ».

Le sieur Cochon et la dame Duval interjetèrent appel.

La Cour de Rouen admit, comme l'avait fait le tribunal, la réalité du don manuel et précipitaire au profit des intimées.

Mais, l'arrêt, se conformant à la jurisprudence de la Cour de Cassation, jugeait qu'il ne suffit point qu'une donation ne soit pas rapportable pour qu'il n'y ait pas fraude dans le fait de n'en point déclarer l'existence à l'inventaire. De plus, dans l'espèce, le don excédait la quotité disponible. La Cour, réformant le jugement entrepris, appliqua aux dames Haupais et Lebon les pénalités de l'article 792. Du 11 août 1899.

L'arrêt fut frappé de pourvoi par les dames Haupais et Lebon.

La Chambre des Requêtes le rejeta, le 22 mai 1901 — S. 1902. 1. 319 — sur ce que les réponses faites par les dames Haupais et Lebon aux interpellations du notaire « ne peuvent s'expliquer que par l'intention de dissimuler un des éléments de la succession. »

On voit que la Cour Suprême persévérait dans la jurisprudence très répressive qu'elle avait inaugurée une trentaine d'années auparavant et qu'elle avait développée peu à peu, malgré l'opiniâtre résistance des Cours d'Appel.

En dépit des cassations subies par ses arrêts, notamment dans les affaires de Casaux et Stourdza-Gortschakow, la Cour de Paris avait marqué pour la doctrine des arrêts de 1855, une fidélité digne d'un sort meilleur. Nous l'avons constaté en 1896.

Là encore, la décision de la Cour de Paris avait été cassée : 30 mars 1898 précité.

Alors, la Cour de Paris parut se soumettre, au moins partiellement.

L'espèce était la suivante :

Un sieur Claude Charles avait recueilli, dans la succession de son père, mort en 1877, une créance de 70.000 francs, dont il toucha le montant en 1883. A la suite de diverses opérations de remploi, il liquidait les titres représentant cette somme pour 64.000 francs et en donnait 44.000 à sa fille Angélique Charles, pour acheter un immeuble.

Claude Charles mourut en 1895. On trouva chez lui une somme de 1.460 francs et quelques meubles; la veuve et la fille prêtèrent serment d'avoir fait inventaire de tout ce qui, à leur connaissance, dépendait de la communauté et de la succession.

Les autres enfants du défunt ne se contentèrent pas de cette affirmation solennelle.

Le Tribunal de la Seine écarta l'hypothèse de la donation et jugea qu'Angélique Charles avait servi de prête-nom à son père pour son acquisition.

La Cour de Paris décida, au contraire, qu'il y avait eu donation manuelle, valable dans les limites de la quotité disponible et que cette donation impliquait, par les circonstances dans lesquelles elle avait été faite, une dispense de rapport.

Mais, se rangeant aux côtés de la Chambre Civile, la Cour de Paris déclarait que la demoiselle Charles n'aurait pas dû tenir secrète cette donation. Elle jugeait même que « sa réticence (avait) été intentionnellement frauduleuse et (constituait) une dissimulation ou recel. »

Seulement, la Cour de Paris n'admettait point qu'il pût y avoir recel pour le tout. Imitant en cela la Cour de Douai, elle décidait que la donation demeurerait valable dans les limites de la quotité disponible.

Ainsi, la réticence n'était frauduleuse que dans la mesure où elle portait sur une portion de la libéralité excédant le disponible. Cette distinction, tirée sans doute des décisions de Douai, de 1897, était assez artificielle. La Cour de Douai l'avait fait porter seulement sur la définition de l'expression « effet de la succession ». On dira peut-être que le résultat est exactement le même. Mais, le procédé employé par la Cour de Paris pour restreindre l'application de l'article 792 est trop dans la tradition de cette Cour, en ce qui concerne la matière des dons manuels et du recel, pour que nous ayons cru pouvoir la passer sous silence. Du 6 janvier 1899 — Pand. 1900.2.57.

La Cour de Paris s'était donc soumise. A regret, sans doute, mais le fait était acquis.

Ce n'est pas à dire que l'on puisse, dès lors, considérer la jurisprudence comme fixée. L'est-elle jamais ?

Certes, dans l'ensemble, la doctrine nouvelle de la Cour de Cassation triomphait. Mais certains tribunaux, plus sensibles aux particularités du fait qu'aux théories sur l'interprétation qu'il convient de donner au mot recel, rendaient parfois des décisions qui semblent inspirées des arrêts de 1855.

Ainsi, le 12 février 1906 — Gaz. Pal. 1906.1.397 — le Tribunal Civil de Rennes refusait d'appliquer les dispositions de l'article 792 à un héritier, bénéficiaire d'une donation déguisée sous la forme d'un reçu de somme fictivement payée.

L'article 792, expliquait le jugement, ne s'applique pas « au cas où l'héritier a omis de déclarer les objets compris dans une donation déguisée; les mots recelé et divertissement employés par le législateur ne pouvant viser que l'action de cacher des effets détournés au préjudice de la succession ».

Le Tribunal revenait à la pure conception matérielle du divertissement qui avait été celle de la jurisprudence à certaines périodes du 19^e siècle. Il est permis de douter si la Cour de Rennes eût sanctionné cette interprétation. Mais l'affaire ne portait que sur 5.800 francs et les plaideurs s'en tinrent là.

D'ailleurs, à la même date et dans une espèce semblable, un autre tribunal de première instance, le Tribunal de Marvejols, faisait application des dispositions de l'article 792 à un héritier qui, gratifié au-delà du disponible, avait « gardé intentionnellement le silence », malgré les interpellations qui lui avaient été faites. Du 23 février 1906 — Gaz. Pal. 1906.1.388.

La Cour d'Amiens qui, en 1869, avait refusé d'appliquer l'article 792, par le motif que des biens donnés par le de cujus de son vivant ne sont point des effets de la succession, tenta de revenir à son ancienne jurisprudence.

Mais, elle n'y mit pas l'audace ou la candeur du Tribunal de Rennes, dont nous venons de rappeler la décision.

Elle se trouvait saisie d'un appel d'un jugement de Compiègne, rendu dans une affaire Mossmann-Fossard. Ce jugement avait considéré comme coupable de recel le sieur Fossard fils, convaincu d'avoir employé des manœuvres dolosives pour rompre à son profit l'égalité du partage. Ces manœuvres se ramenaient essentiellement à un défaut de

déclaration de donations déguisées faites par le de cujus, comme dans l'espèce jugée par le Tribunal de Rennes.

La Cour d'Amiens refusa de considérer Fossard comme coupable de recel et infirma le jugement : 23 juillet 1908.

Elle n'osait pas reprendre les motifs de son arrêt de 1869 et dire que des biens donnés de son vivant, par le de cujus ne sont point des effets de la succession au sens de l'article 792. Elle déclara que le de cujus avait eu l'intention d'avantager le cohéritier appelant et jugeait qu'on ne pouvait faire grief à ce cohéritier de n'avoir point fait de déclaration pour réduire à néant cette intention libérale.

Mais la Cour n'en était pas moins obligée de reconnaître l'exactitude des faits qui avaient motivé, en première instance, l'application de l'article 792.

C'était la cassation certaine.

La Chambre Civile se borna à reprendre les motifs devenus courants sur le sens de l'expression « effet de la succession ». « Les donations rapportables, lisons-nous dans son arrêt, et celles qui sont sujettes à réduction, dans les limites où elles excèdent la quotité disponible, font partie de la masse à partager et sont, par suite, des effets de la succession, au sens de l'article 792 ». Du 16 juillet 1913 — S. 1914.1. 347.

On voit que la Cour d'Amiens n'avait pas osé combattre ouvertement l'interprétation nouvelle que la Cour de Cassation avait imposée.

Si quelques juridictions résistaient encore, c'était uniquement en se plaçant sur le terrain du fait.

Mais, on peut dire que, depuis la soumission de la Cour de Paris, en 1899, les Cours d'Appel suivent unanimement la jurisprudence de la Chambre Civile.

Ainsi, la Cour de Limoges décidait, le 17 juin 1910, qu'un héritier, gratifié par préciput d'un don manuel, en doit faire la déclaration dans l'inventaire. Sinon, l'article 792 est applicable dans la mesure où la donation excède la quotité disponible.

C'est bien l'interprétation du mot « effet de la succession » dans le sens de la Cour Suprême, mais avec le correctif apporté en 1897 par la Cour de Douai. Il n'y a recel que pour la part qui excède le disponible. — Gaz. Trib., 25 sept. 1910.

Même solution devant la Cour de Lyon : 15 février 1923 — Mon. Jud. Lyon, 20 août 1923.

Et, l'année suivante, la Chambre des Requêtes rejetait un pourvoi

formé en cassation d'un arrêt de Rennes, par le motif que « les donations sujettes à réduction, dans les limites où elles excèdent la quotité disponible, font partie de la masse à partager, et sont, par suite, des effets de la succession. » Du 24 décembre 1924 — Gaz. Pal. 1925, 1.222.

D. — *Epoque à laquelle le fait doit avoir été commis
pour pouvoir être incriminé*

Lorsque nous avons étudié le fait incriminé en lui-même, nous avons été amenés à considérer des actes d'époque bien antérieure à la dissolution de la communauté ou à l'ouverture de la succession, dont s'agissait. Mais, les décisions judiciaires que nous avons examinées à ce propos ne s'occupaient point de la question de savoir si, d'une manière générale, on peut incriminer un acte commis avant l'ouverture de la succession ou la dissolution de la communauté en question.

Ce point avait fait l'objet d'assez vives discussions dans notre ancien droit et le lecteur n'a peut-être pas tout à fait perdu le souvenir des développements de Lebrun sur ce débat.

La question se posa dès les premières années de la codification. Le Code civil est en effet très sobre d'explications sur la matière du recel et il n'avait pas jugé à propos de trancher le problème pendant devant la jurisprudence depuis le 16^e siècle. Peut-être même n'avait-il pas songé que ce problème se pût poser.

Quoiqu'il en soit, un arrêt de la Cour de Paris, en date du 6 mars 1810 — S. Chron. — décidait que la déchéance prévue aux articles 1460 et 1477 ne peut être prononcée que lorsqu'il s'agit de faits qui se sont produits « après la dissolution de la communauté, par la séparation de biens ou toute autre cause ».

Vingt ans plus tard, dans une affaire Gémond — étudiée sect. 1^{re}, par. A — le Tribunal de la Seine jugeait également que la « disposition pénale des articles 792 et 1477 n'est créée que pour le cas où les soustractions ont eu lieu postérieurement à la dissolution de la communauté ou à l'ouverture de la succession. » — 3 février 1830.

Mais, sur appel, la Cour de Paris décidait « qu'il importe peu que le divertissement ait été fait avant ou après le décès, s'il est constant qu'il a été fait en vue de ce décès et pour spolier la succession; qu'autrement, ce serait encourager la fraude et accorder l'impunité pour le

cas où le divertissement et le recel auraient été préparés à l'avance; ...que l'article 1477 ne fait aucune distinction sur l'époque du recel ».

C'est l'habituel procédé d'interprétation large : prédominance de l'intention sur le fait. Peu importe l'époque à laquelle est commis le fait qui traduit cette intention. Dès l'instant que celle-ci n'est point douteuse, on frappe.

L'arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes n'a aucun intérêt ici, puisque le moyen tiré de l'antériorité du délit à la dissolution de la communauté n'avait point été soulevé par le pourvoi : 5 avril 1832 — S. 1832.1.526.

Cependant, la théorie adoptée par la Cour de Paris en 1831 était loin de rencontrer l'approbation unanime des autres Cours d'Appel.

Ainsi, le 13 février 1844, la Cour de Riom réformait un jugement qui avait prononcé les pénalités du recel contre un héritier dont les agissements étaient antérieurs à la mort du de cujus. L'arrêt était d'ailleurs très brièvement motivé : « ...Attendu, dit-il, que cet article 792 n'est applicable qu'aux héritiers qui auraient diverti ou recélé les effets d'une succession; attendu que le fait dont se plaignent les intimés aurait eu lieu du vivant du père commun, et non après son décès et sur des objets de sa succession, non ouverte; que, dès lors, l'article 792 reste sans application au cas présent et qu'il y a lieu de réformer le jugement de ce chef... » — S. 1844.2.633.

La Cour de Besançon considérait également que l'on ne pouvait incriminer que les faits postérieurs à la dissolution de la communauté ou à l'ouverture de la succession.

Dans un arrêt du 4 mars 1846, elle jugeait que l'article 1460 était inapplicable à la femme séparée, « surtout » lorsque les agissements frauduleux ont eu lieu pendant l'instance en séparation, c'est-à-dire, en somme, en vue de la dissolution future. — Rapporté au Rec. P. de Velna, V^o Contr. de M., n^o 78.

Mais, la jurisprudence changeait bientôt.

La Cour de Riom, sept ans après avoir rendu l'arrêt que nous venons d'analyser, se déjugeait : 10 avril 1851 — S. 1851.2.565. — Le législateur, disait-elle, en édictant l'article 792, avait eu pour but de réprimer la fraude commise par l'un des successibles au préjudice de ses cohéritiers.

Question d'intention. On punira toute fraude, sans avoir égard à l'époque à laquelle est perpétré le fait qui la révèle. « Ce serait mécon-

naître le désir et l'intention du législateur, comme disait la Cour de Paris en 1831, et encourager les spoliations que de décider que les dispositions justes et morales de l'article 792 ne sont pas applicables par cela seul que l'appréhension de l'objet diverti aurait eu lieu avant la mort de celui à qui il appartenait. »

La Cour de Riom concluait, à l'inverse de ce qu'elle avait jugé en 1844, « que, soit que la mainmise remonte à une époque antérieure à la mort, soit qu'elle ait eu lieu après le décès de la personne dont la succession est à partager, il s'agit toujours de rechercher et de reconnaître si cette appréhension a été préparée dans le but coupable de préparer un divertissement et pour parvenir frauduleusement à s'attribuer exclusivement une chose qui devait appartenir à tous. »

Toujours la prédominance de l'intention sur le fait. Seul procédé pour faire triompher l'interprétation extensive, ainsi que nous l'avons fréquemment constaté.

C'est l'idée qui est encore à la base d'un arrêt rendu par la Cour de Poitiers, le 17 août 1860, en confirmation d'un jugement du Tribunal de Niort, du 20 décembre 1859 — S. 1860.2.582.

Ces décisions visent plus particulièrement l'époque voisine de la mort de celui dont on guette la succession, ou les derniers jours d'une communauté conjugale, dont on prépare la dissolution. Il faut, en somme, que l'acte frauduleux ait été commis en vue d'une liquidation que tout faisait prévoir prochaine.

Si cette idée d'imminence est absente d'un arrêt de Bordeaux, du 22 août 1861 — S. 1862.2.37 — elle apparaît nettement dans une décision de la Chambre des Requêtes du 5 août 1869, la première qu'à notre connaissance, la Cour Suprême ait rendu en la matière. — S. 1869.1.398.

L'espèce était la suivante :

Un héritier déclare détenir, à titre de don manuel précipitaire, des valeurs qui n'ont pas été retrouvées dans le patrimoine du de cujus.

Enquête devant le Tribunal d'Orléans. La preuve du détournement est apportée, mais, en même temps, le jugement constate que ce détournement est antérieur à l'ouverture de la succession. « Peu importe, disent les premiers juges, dès l'instant que c'est dans une intention de fraude évidente envers ses cohéritiers et dans le but de préparer un divertissement. »

La Cour d'Orléans confirma le jugement et maintint l'application des peines du recélé : 23 janvier 1869.

A l'appui du pourvoi formé en cassation de cet arrêt, on fit valoir notamment que l'article 792 n'était pas applicable lorsque le détournement était antérieur à l'ouverture de la succession, puisque ce texte parle des « héritiers » et des « effets de la succession ». On reprenait en somme l'argument qui semble avoir été celui de la Cour de Riom en 1844.

On ajoutait, contre la tendance nouvelle à rechercher le but poursuivi par le coupable, qu'une telle recherche prêtait nécessairement à l'arbitraire et faussait le sens de l'article 792.

La Chambre des Requêtes discuta à peine les termes du pourvoi. Elle répondit simplement que les soustractions avaient bien été commises en vue du décès; que, d'ailleurs, elles ne l'avaient précédé que de dix jours et que, dès cette époque, le décès du de cujus devait apparaître comme prochain.

Ce dernier motif marque néanmoins le souci de la Cour de Cassation de bien établir le rapport étroit entre la soustraction et l'imminence de l'évènement en vue duquel elle est commise.

De l'existence de ce rapport étroit, la jurisprudence allait bientôt conclure à la continuité du recel dans le temps.

Jusqu'à l'arrêt de la Chambre des Requêtes que nous venons d'étudier, on ne s'avisait point de juger que les soustractions commises avant l'ouverture de la succession ou avant la dissolution de la communauté étaient de pur recels comme le seraient des détournements contemporains de la confection de l'inventaire. On assimilait seulement ces soustractions à de véritables recels, tout en sachant fort bien que, juridiquement, il ne pouvait s'agir là que de manœuvres préparatoires destinées à faciliter la perpétration du délit.

Mais, dans ce domaine de la durée, comme dans les autres, nous assistons à une extension progressive de la notion de recel.

Et trois ans après l'arrêt de la Chambre des Requêtes, une Cour d'Appel déclarera *in terminis* que le « divertissement (peut) avoir commencé avant l'ouverture de la succession... (et s'être) continué postérieurement ». Pau, 17 janvier 1872 — S. 1873.2.118.

Il y eut évidemment des tentatives de réaction.

Nous avons noté, en son temps, un arrêt de la Cour d'Aix, rendu à propos d'une donation faite à un successible et non déclarée par lui — Par. C.

Cet arrêt, qui concevait le recel comme une notion très étroite et

presque purement matérielle, rejetait également la possibilité, admise par la Cour de Pau, de considérer comme constituant un recel un fait commis du vivant du de cujus.

« L'idée de divertissement et de recel prévue par l'article 792, déclarait-il, est applicable seulement au cas d'une succession ouverte et ne peut être admise au cas d'une succession future. » Du 21 janvier 1880 — S. 1881.2.68.

Pur argument de texte du genre de celui de la Cour de Paris, en 1810, ou de la Cour de Riom, en 1844. Il n'y en avait pas d'autre.

Argument qui fût demeuré très solide, si, par ailleurs, la jurisprudence de cette époque, n'avait point abandonné le terrain matériel sur lequel elle s'était placée pendant la première moitié du 19^e siècle. Mais, argument insoutenable depuis que l'on admettait que le recel pouvait résulter de tout acte généralement quelconque commis dans l'intention de rompre l'égalité des partages.

Aussi, la jurisprudence ne tarde pas à revenir à la solution des arrêts de 1869 et de 1872.

Le 12 août 1885, le Tribunal de Nontron juge que le divertissement peut résulter d'actes antérieurs à l'ouverture de la succession, s'il est constant qu'ils ont été faits en vue du décès et pour spolier la succession. — Gaz. Pal. 1886, I. suppl. 54.

C'est la question d'intention qui déterminera le caractère, punissable ou non, de l'acte commis : la Cour de Cassation est dès lors fixée.

Pour la Chambre Civile, il suffit que le fait ait eu « pour objet de dépouiller la succession ». Elle n'exige même pas qu'il se soit produit pendant la dernière maladie, comme certains auteurs de notre ancien droit : « Quelle que soit la date de ces actes », dit textuellement la Cour : 4 mai 1898 — S. 1902.1.446.

La Cour de Cassation ne semble pas avoir varié dans la suite.

Le 9 mai 1905, la Chambre des Requêtes jugeait punissable tout acte frauduleux commis « en vue de la succession » : Gaz. Pal. 1905, 2.188.

Cependant, on tenta, à une époque récente, de faire revenir la Cour Suprême sur sa jurisprudence.

En 1911, dans un pourvoi formé en cassation d'un arrêt de la Cour d'Angers, les plaideurs soutinrent qu'on leur avait appliqué à tort les dispositions de l'article 792, ce texte ne devant punir que des faits de divertissement postérieurs à l'ouverture de la succession.

La Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi, 15 novembre 1911 — Gaz. Pal. 1911.2.167 — par le motif « que toute fraude commise pour soustraire certaines valeurs au partage d'une succession constitue un recélé », alors même que cette fraude aurait été commise du vivant du de cujus.

Comme nous l'avons fait remarquer à propos de la décision dissidente de la Cour d'Aix, l'argument de texte que l'on aurait pu tirer des mots « héritier » et « effets de la succession » ne pouvait plus avoir de valeur dès l'instant que la jurisprudence adoptait une définition très large du recel : « fraude commise pour soustraire certaines valeurs au partage ».

On essaya alors d'un autre moyen.

On le prit dans l'idée de but poursuivi, qui a, à l'heure actuelle, toute la faveur de la jurisprudence. La Chambre des Requêtes, dans son arrêt de 1905, n'avait-elle pas dit qu'il fallait punir tout acte frauduleux, dès lors qu'il serait commis « en vue de la succession » ?

C'est ce que l'on objecta à la jurisprudence extensive qui triomphait, en notre matière depuis l'arrêt de 1869.

Dans un pourvoi formé en cassation d'un arrêt rendu par la Cour de Pau, le 13 décembre 1918, on vint prétendre que les tribunaux ne pouvaient frapper les actes antérieurs à l'ouverture de la succession que s'ils constataient expressément que ces actes avaient été accomplis en vue du décès et pour frustrer les ayants-droit.

Là encore, la Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi, la mauvaise foi des coupables ayant été suffisamment reconnue par les juges du fond. Dès lors, ils ne violaient pas la loi, en appliquant les dispositions de l'article 1477 à des faits commis, « soit avant, soit après la dissolution » de la communauté : 1^{er} mars 1920 — D. 1921.1.38.

D'ailleurs, c'est là une simple question de rédaction de motifs. En 1920, nous voyons la Cour de Caen constater expressément « que le divertissement et le recel peuvent résulter d'actes antérieurs à l'ouverture de la succession, s'ils ont eu lieu en vue de cette succession et dans le but de porter atteinte à l'égalité du partage » : 4 juin 1920 — Jurisprudence de Caen, 1920-1923, p. 50.

Quelle que soit la manière dont est faite cette constatation, elle est supposée par tout arrêt qui punit un fait sous le nom de recel. Il importe seulement de constater l'intention de fraude qui a présidé à la perpétration de l'acte : s'il y a eu fraude, c'est évidemment en vue de la

succession qui va s'ouvrir ou de la communauté que l'on va liquider. Sinon, il n'y a plus de recel.

C'est ce que jugeait la Cour de Nancy le 20 octobre 1921 — sous Req., 29 novembre 1922; Gaz. Pal. 1923.1.273.

La jurisprudence semble ne plus exiger cette constatation purement verbale.

La Cour de Lyon décidait simplement que « le recel peut résulter de toute entreprise de dissimulation... même antérieure à l'ouverture de la succession » : 5 février 1925 — Gaz. Pal. n. V° T. Q.

Et la Chambre des Requêtes, rejetant un pourvoi formé en cassation d'un arrêt de Dijon, du 31 mai 1923, se bornait à rééditer les motifs invoqués par la Chambre Civile en 1898 : « Attendu que toute fraude commise pour soustraire certaines valeurs à une liquidation de succession ou de communauté constitue un recel ou un divertissement, ...quelle que soit la date à laquelle ont été accomplis les actes de recélé ou de divertissement... » Du 28 octobre 1925 — D. Hebd. 1925, 689.

L'acte même antérieur à l'ouverture de la succession ou à la dissolution de la communauté est donc en lui-même « constitutif de recel », idée de continuité dans le temps qui avait été jadis celle de la Cour de Pau et que la jurisprudence considère aujourd'hui comme acquise.

SECTION DEUXIÈME

LES ELEMENTS MORAUX

A. — *Intention frauduleuse*

Depuis le 16^e siècle, la jurisprudence française a toujours exigé, pour considérer qu'il y avait recel punissable que l'auteur eût agi avec l'intention de frauder ses cohéritiers, les successeurs de l'époux prédécédé, bref, d'une manière générale, les ayants-droit.

La jurisprudence qui s'est formée sur le Code Civil n'a point varié. Dès les premières années de la codification, nous trouvons un exemple du souci qu'avaient les Tribunaux de bien constater l'existence de l'intention frauduleuse.

Un citoyen Omer Lavit était mort en l'an 4. Scellés et inventaire, conformément à la loi. Mais, quelques titre de rente ne furent point mentionnés dans ledit inventaire, parce qu'ils se trouvaient entre les mains d'un tiers chargé de percevoir les arrérages. Le fils du défunt accepta la succession sous bénéfice d'inventaire.

Les rentes furent ensuite liquidées à son nom et produisirent 1.965 francs. Lorsque la réduction au tiers fut votée, en l'an 5, la veuve Lavit et son fils firent le nécessaire pour assurer la consolidation. Ils obtinrent, contradictoirement avec les créanciers opposants aux scellés, un jugement qui les autorisait à recevoir les arrérages des rentes et les bons de $\frac{2}{3}$. En vertu de ce jugement, on procéda à la liquidation, qui fut faite au nom du fils seul, sans énonciation de sa qualité d'héritier bénéficiaire. Il toucha les bons de $\frac{2}{3}$. Plus tard, la rente ayant été vendue, le transfert en fut fait encore à son nom : 7 juin 1806.

La veuve avait accepté la communauté. Son fils provoqua contre elle la licitation des immeubles dépendant de la succession. Différentes adjudications furent faites. Lavit se rendit lui-même adjudicataire d'un domaine, dit de « La Bretonnerie ». Dans l'ordre qui fut ouvert, il demanda sa collocation pour 160.000 francs, montant de la dot qui lui avait été promise par son contrat de mariage.

Alors, les créanciers de la succession, intéressés à écarter cette collocation, soutinrent que Lavit était déchu de son bénéfice d'inventaire, parce qu'il avait recélé les rentes dépendant de la succession. Nous savons qu'en effet, lors de l'inventaire de l'an 4, on n'avait pas déclaré ces rentes, alors dans les mains d'un tiers, chargé d'en percevoir les intérêts.

Cette demande des créanciers fut accueillie par le Tribunal Civil « de Paris » (sic), le 19 avril 1811.

Lavit fit appel. Devant la Cour, la question d'intention fut plaidée. Il n'était point démontré que le sieur Lavit eût eu l'intention de frustrer les créanciers héréditaires en ne déclarant pas des rentes qui n'étaient point alors entre ses mains.

La Cour de Paris admit « qu'il n'était nullement justifié que l'omission dans l'inventaire... ait été volontaire et commise sciemment et de mauvaise foi; ...que cette rente, peu considérable relativement à l'importance de la succession... et dont le titre était vraisemblablement entre les mains d'un receveur, a pu facilement être oublié. »

L'arrêt, rendu le 12 mars 1812, infirmait le jugement de Paris et,

on le voit, uniquement par des motifs tirés de l'étude des éléments intentionnels du délit. — S. Chron., à sa date.

Les juridictions inférieures ne semblaient pas attacher la même importance que celle de degrés plus élevés à cette question d'intention.

Quelques années après ce jugement de 1811, qui avait manifesté, à l'égard de l'idée de fraude, l'indifférence que nous savons, le Tribunal de la Seine, persévérant dans sa voie, accueillait la demande d'un créancier de communauté, tendant à faire condamner la veuve comme commune, pour inexactitude dans l'inventaire : Affaire Boutet-Soulé, 16 mai 1829.

Mais, la mauvaise foi de la veuve n'était rien moins que démontrée. Aussi, la Cour de Paris infirmait le jugement : 25 nov. 1830.

L'affaire alla jusque devant la Cour de Cassation.

La Chambre des Requêtes ne pouvait rien sur la question du fait en lui-même. Mais, elle précisait opportunément « qu'en exigeant qu'il soit fait un inventaire fidèle et exact des biens, la loi n'a eu en vue que de punir la fraude et non l'erreur simple ou la négligence. »

C'était répéter qu'il ne saurait y avoir recel que s'il y a intention frauduleuse. Ce qui n'était peut-être pas inutile devant les décisions du Tribunal de la Seine frappant l'auteur de toute omission, quelle que fût sa bonne foi. Du 16 février 1832 — S. 1832.1.269.

Engagée sur ce terrain, singulièrement mouvant de l'interprétation de la pensée de l'agent, la jurisprudence allait se trouver entraînée fort loin.

Ainsi, que décider dans le cas où l'omission est volontaire mais est le résultat d'une erreur? Les tribunaux doivent-ils considérer l'erreur comme une cause d'excuse? Puisqu'il s'agissait d'apprécier la bonne foi, il devenait difficile de ne point tenir compte de l'erreur, surtout de l'erreur de fait. Mais, il fallut aller jusque devant la Chambre Civile.

Elle admit, après la Cour de Paris, dans une affaire Burat, qu'une femme avait pu omettre sciemment de faire figurer à l'inventaire des valeurs communes, parce qu'elle s'en croyait la propriétaire unique : 4 août 1845 et 24 novembre 1847 — S. 1848.1.21.

En fait, d'ailleurs, la jurisprudence se montrait très difficile sur la preuve. Dans une affaire Battini, nous voyons la Cour de Paris considérer, après le Tribunal de la Seine, que, si des objets ont disparu, après le décès du de cujus et avant l'inventaire, c'était dans un intérêt d'affection et qu'aucun « fait sérieux » ne permettait de penser qu'il

y avait là un divertissement : 31 janvier 1867 et Chambre des Requêtes,, 11 mai 1868 — S. 1868.1.343.

La Cour de Douai montrait la même circonspection que celle de Paris, en infirmant, par des considérants très sévères, un jugement du Tribunal d'Avesne, du 15 janvier 1875, rendu dans une affaire Brissy.

Les héritiers de la veuve commune en biens reprochaient au mari d'avoir, jadis, ayant aliéné ses biens propres, effectué un emploi en immeubles pour un prix supérieur à celui des propres aliénés.

Le mari affirma cependant, devant le notaire liquidateur, qu'il ne devait rien à la communauté et qu'il avait fait son emploi pour une somme égale à celle des propres vendus.

Cependant, devant le Tribunal, il reconnut, par voie de conclusions, qu'il avait acheté des immeubles pour une somme supérieure à celle du prix de vente de ses propres.

Ses adversaires répondirent alors qu'il était de mauvaise foi, lorsqu'il affirmait chez le notaire liquidateur avoir racheté des immeubles en emploi pour une somme égale à celle de ses propres aliénés, car il savait bien, à cette époque, ce qu'il avouait aujourd'hui dans ses conclusions. Les éléments du recel étaient donc réunis. Les héritiers demandaient au Tribunal de prononcer l'application des pénalités de l'article 1477.

Les premiers juges firent droit à cette demande.

Mais la Cour de Douai déclara « qu'il n'était pas justifié que (le mari) eût réellement tenté de frustrer les héritiers de son conjoint ». La dissimulation dont ces derniers faisaient état pour demander l'application de l'article 1477 pouvait « s'expliquer autrement que par l'intention frauduleuse » du mari.

Autrement? On voudrait bien savoir comment. Mais ce n'est pas à la Cour de nous le dire.

Quant au mensonge commis par le mari chez le notaire liquidateur, la Cour de Douai l'estimait effacé par la spontanéité de l'aveu contenu dans les conclusions.

On ne peut guère se montrer plus difficile sur la preuve de l'intention frauduleuse. Qu'allait faire la Cour Suprême?

Dans son embarras, la Chambre des Requêtes laissa passer le pourvoi. Et la Chambre Civile, qui n'était peut-être pas moins embar-

rassée, se retrancha derrière le souverain pouvoir qu'ont les juges du fait pour apprécier l'existence de la mauvaise foi.

Et le pourvoi fut rejeté : 19 février 1879 — S. 1879.1.343.

Depuis la décision de principe de la Chambre Civile, en 1847, les Tribunaux admettaient, sans discussion, que l'erreur était une cause d'excuse, en ce sens qu'elle rendait impossible l'existence du délit.

Ainsi, une veuve emporte des valeurs de communauté, croyant qu'il s'agit de ses propres. La Cour de Paris estime qu'il n'y a point à recel : 18 août 1881 — S. 1881.2.240.

Même décision devant le Tribunal de Lyon, le 27 juillet 1881 — Gaz. Pal. 1881.1.167 — dans une espèce où une femme s'était abstenue de déclarer à l'inventaire une somme de trois mille francs que son mari lui avait donnée avant de mourir.

La quotité disponible était dépassée. Mais la femme l'ignorait. Elle expliqua que son mari lui avait fait ce cadeau pour reconnaître l'aide précieuse qu'elle avait apportée à ses affaires.

Le Tribunal admit la bonne foi de la veuve et jugea que, faute d'intention frauduleuse, il n'y avait point de recel dans l'omission à l'inventaire.

Peu de temps après, la Cour de Lyon allait même plus loin.

En 1879, mourut, à Lyon, une dame Chassignol.

Lors de l'inventaire qui suivit ce décès, le mari affirma sous serment qu'il n'existait rien autre que ce qui y avait été désigné. Mais un inventaire postérieur révéla l'existence, au dernier domicile de la défunte, de titres, valeurs et argent, se montant à plus de 40.000 francs.

Les héritiers de la de cujus demandèrent au Tribunal de Villefranche de prononcer les peines de l'article 1477 contre le sieur Chassignol. Le tribunal fit droit à leur demande.

Mais, sur appel, la Cour de Lyon rendit un arrêt infirmatif : 1^{er} février 1882 — Gaz. Pal. 1882.2.46.

Il faut prouver, disait la cour, l'intention frauduleuse du prétendu recéleur. Or, « l'omission ne devient pas nécessairement frauduleuse, par ce seul fait que le survivant, détenteur des valeurs non déclarées par lui à l'inventaire, ne les a rendues qu'à la suite d'un nouvel inventaire ordonné par justice... »

Nous pourrions demander respectueusement à la Cour de Lyon,

comme à la Cour de Douai, naguère, ce qu'il faut pour que l'omission devienne frauduleuse.

Le fait invoqué par les héritiers intimés ne prouvait pas qu'il y eût « nécessairement » intention frauduleuse. Certes. Mais, quand la jurisprudence exige-t-elle qu'on lui apporte, en matière civile, des faits qui démontrent « nécessairement » tel ou tel caractère? Elle admet qu'il suffit que l'intention de fraude apparaisse avec vraisemblance. Il n'y a jamais de preuve absolue.

Nous constatons qu'en général les tribunaux de première instance sont plus disposés à découvrir l'intention frauduleuse que les Cours d'Appel. Leur infirmations sont toujours fondées sur ce que la preuve de la mauvaise foi, selon elles, n'est pas apportée.

Un nouvel exemple de cette exigence des Cours d'Appel nous est fourni par la Cour de Paris.

Une femme commune en biens avait détourné des valeurs communes pour se constituer un petit patrimoine à elle. Après la dissolution, son mari s'aperçut des opérations auxquelles s'était livrée la femme. Il la força à les avouer. Le Tribunal de la Seine jugea qu'il y avait là un recel entraînant l'application de l'article 1477.

Que l'aveu de la femme fût tardif et rien moins que spontané, c'est ce que la Cour de Paris admettait. Mais cela ne lui suffisait pas pour établir la mauvaise foi de la femme. Du 5 décembre 1881 — Gaz. Pal. 1882.1.323.

Les tribunaux finirent par adopter le point de vue indulgent des Cours d'Appel : ils se montrèrent très rigoureux sur la preuve de la mauvaise foi.

Ainsi, dans une affaire Jean, le Tribunal de la Seine considéra qu'il suffisait pour une veuve commune de proposer, en justice, un supplément de partage, pour être réputée de bonne foi. Si la veuve s'est abstenue de toute déclaration lors de l'inventaire, dit le tribunal, « il n'est pas suffisamment établi qu'elle ait agi de mauvaise foi et dans le but de frustrer les héritiers de (son) conjoint ». Au reste, pour justifier la possession de certaines valeurs communes, la veuve Jean avait argué d'un don manuel qui lui aurait été fait par le de cujus. Et le tribunal jugeait que ses allégations étaient « vérifiées dans une certaine mesure ». Le tribunal se contentait de peu : 22 janvier 1884 — Gaz. Pal. 1884.1. suppl. 127.

Il faut bien dire que des notes discordantes se faisaient entendre.

Mais c'était le fait de petits tribunaux de province, peu au courant des nouveautés de la jurisprudence.

Dans une affaire Paillot, nous voyons le Tribunal de Pithiviers condamner un mari qui avait manié des fonds communs et ne les avait pas déclarés à l'inventaire : 28 mars 1884.

La Cour d'Orléans considéra qu'au contraire ce maniement ostensible de fonds excluait toute mauvaise foi de la part de Paillot et infirma le jugement : 17 janvier 1885 — *Gaz. Pal.* 1885.1.282. — Evidemment, Paillot avait affirmé sous serment, lors de l'inventaire, qu'il n'existait aucune somme d'argent dans la communauté; la Cour ne le contestait point. Elle ne contestait pas non plus qu'il eût, ensuite, placé une somme de 5.000 francs qui ne pouvait provenir que de la communauté. Mais les adversaires ne rapportaient pas la preuve de la mauvaise foi de Paillot. Au contraire, l'emploi ostensible qu'il avait fait de la somme était pour la Cour exclusif de toute idée de fraude.

Il suffirait donc à un voleur, pour que la soustraction qu'il a faite de la chose d'autrui ne fût point frauduleuse, qu'il dépensât ostensiblement le produit de son larcin?

En cas d'erreur entraînant, pour la femme, une omission dans l'inventaire, la jurisprudence était constante : l'ignorance, en effet, est exclusive de la fraude, pour parler comme la Cour d'Orléans.

C'est ce que décidait la Chambre des Requêtes, le 12 avril 1897 — *Gaz. Pal.* 1897.1.594.

La jurisprudence accrut encore ses exigences de preuve dans le cas où l'action était engagée contre l'héritier du coupable. Cela se comprend d'ailleurs. Mais, voyons jusqu'où l'on va.

Le Tribunal de Toulouse décide que la condition de l'intention frauduleuse « doit être observée avec plus de rigueur encore (sic) lorsque la déchéance est poursuivie à l'encontre des héritiers du coupable ». Du 2 mars 1897 — *Gaz. du Midi*, 21 mars 1897.

Il semble que, pourtant, les exigences de preuve étaient une garantie suffisante même pour les héritiers du coupable.

Mais, pour l'historien de la jurisprudence, c'est un point à retenir que, tandis que les tribunaux élargissent de plus en plus la notion de fait incriminé dans le recel, afin, assurément, de punir toute fraude, sous quelque nom qu'elle se cache, ils se montrent, quant à la preuve de cette intention de fraude, d'une exigence telle qu'ils pourraient faire supposer on ne sait quelle indulgence invraisemblable.

Récemment encore, on considérait comme parfaitement innocent un légataire qui avait dénié l'existence de valeurs qu'il avait entre ses mains, sous prétexte qu'il s'en croyait, à tort d'ailleurs, propriétaire par donation de de cujus.

La Chambre des Requêtes fit ce qu'elle fait toujours lorsqu'elle est embarrassée. Elle se retrancha derrière le pouvoir d'appréciation des juges du fait.

Elle admit, avec un beau sang-froid, que la Cour d'Aix avait pu dire, sans contradiction, que ni les « omissions », ni la « mainmise sur certains effets de la succession » n'étaient des actes constitutifs de recel. Affaire Bardoux : 18 juin 1923. — Gaz. Pal. 1923.2.398.

B. — *Déclaration mensongère*

Nous avons vu que les tribunaux n'admettaient pas facilement de considérer comme faite la preuve de la mauvaise foi du recéleur prétendu.

Il y a cependant un cas dans lequel l'hésitation n'est pas permise, ou, au moins, ne devrait pas être permise : c'est lorsque la personne poursuivie a commencé par nier la possession des objets recelés. Ce mensonge la constitue en état de mauvaise foi, encore que la jurisprudence fasse quelquefois des difficultés pour le reconnaître.

Nous allons, dans ce paragraphe, étudier une série de cas dans lesquels les tribunaux se sont contentés du mensonge commis par le recéleur pour considérer le délit comme existant.

Le Code civil était à peine promulgué que le Tribunal d'Appel de Paris se prononçait sur ce point, dans une espèce qu'avait jugée, le 7 pluviôse an 12, le Tribunal de 1^{re} instance de la Seine.

En l'an 5 de la République, le citoyen Bergeron avait soumissionné un domaine, nommé domaine de Cause, et situé dans le département de Lot-et-Garonne.

Le 24 brumaire an 8, il donnait mandat à un tiers de déclarer à l'administration qu'il avait soumissionné pour compte et des deniers du citoyen Lemire.

Le domaine de Cause prenait dès lors figure de conquêt pour la communauté Lemire.

Peu après cette déclaration, le citoyen Lemire mourut. Sa veuve demanda au citoyen Bergeron de rétracter la déclaration qu'il avait fait faire. Il accepta et, le 18 floréal an 9, il déclarait avoir sou-

missionné, en l'an 5, pour compte et des deniers de la dame Lemire et du citoyen Godefroi, devenu l'époux de celle-ci après la mort du citoyen Lemire, en l'an 8.

Le domaine de Cause devenait dès lors un conquêt de la communauté Lemire-Godefroi.

Mais les héritiers du défunt citoyen Lemire protestèrent.

Quoique le Conseil d'Etat eût prononcé, le 15 floréal an 11, l'adjudication dudit domaine à la communauté Godefroi, ils demandèrent à la justice civile de dire que le domaine en question faisait partie de la communauté qui avait existé entre les époux Lemire; de dire également que, par la rétractation qu'elle avait demandée à Bergeron, la dame Godefroi avait tenté de recéler un bien commun; de juger, en conséquence, qu'elle perdrait sa part dans le bien dont s'agissait et que cette part accroîtrait aux héritiers Lemire.

Le délit s'analysait en une déclaration mensongère par laquelle avait été changée l'attribution de propriété d'un immeuble. Cette déclaration était l'œuvre d'un tiers, mais faite à la demande de la veuve intéressée. Ce n'était cependant pas là exactement le recel qu'avait connu notre ancien droit.

Le Tribunal de la Seine n'en prononçait pas moins la sanction du recélé contre la dame Godefroi : 7 pluviôse an 12.

Celle-ci fit appel.

Le Tribunal d'Appel de Paris refusa de suivre les premiers juges.

Le 5 nivôse an 13 — S. Chron. — il décidait que l'acte reproché à la dame Godefroi n'était pas un recel. Pour lui, le recel, c'est « l'omission de déclarer dans l'inventaire ou de mettre en évidence un ou plusieurs objets faisant partie de la communauté.., la soustraction que l'on fait de quelques effets, titres de créance ou propriété, qu'on emporte hors de la maison mortuaire, afin d'éviter qu'ils soient mis sous scellés et ensuite inventoriés ».

Le Tribunal d'Appel donnait, en somme, une définition à peu près conforme aux solutions positives de notre ancien droit.

Or, dans la rétractation faite par le citoyen Bergeron à la demande de la dame Godefroi, il n'y avait point « soustraction » d'un titre de propriété, mais attribution différente. Le résultat était le même, mais le Tribunal de Paris s'était lié par la définition qu'il avait donnée du recel. Il l'avait caractérisée par les moyens qui peuvent servir à le commettre au lieu de le faire par le but poursuivi par le recéleur.

Cependant, le Tribunal tenait compte du préjudice causé aux héritiers demandeurs. Il condamnait solidairement les époux Godefroi à leur payer la somme de 40.000 francs, représentant la portion que lesdits héritiers auraient eue dans le domaine de Cause, « s'il existait encore dans la succession Lemire », comme il le devrait.

Le Tribunal admettait par cela même que le domaine de Cause aurait dû demeurer dans la succession Lemire. Alors, comment qualifier juridiquement l'acte qui l'en avait fait indûment sortir ? Le tribunal ne le disait pas et ne pouvait pas le dire, mais on sent par là combien est délicate la distinction entre le simple acte répréhensible et le recel. C'est peut-être pour éviter ces difficultés que nous avons vu peu à peu la jurisprudence abandonner la définition du divertissement par les procédés employés pour le commettre et ne s'attacher qu'au but poursuivi par le coupable prétendu. De là l'importance attachée d'abord à la grande règle de l'égalité des partages, puis même aux dispositions sur la réserve et le disponible.

Dans la matière qui fait plus particulièrement l'objet de notre paragraphe, nous allons voir que la jurisprudence ne tarda point à donner une certaine extension à la notion de recel.

Nous en avons un exemple par une affaire jugée, en 1813, par la Cour Impériale de Colmar.

Une femme mariée sous le régime de la communauté et devenue veuve en 1807, avait prétendu que son défunt mari lui avait fait don d'une somme de 5.000 francs déposée dans une banque de Colmar, et elle s'abstint de déclarer cette somme dans l'inventaire.

L'un des héritiers du de cujus demanda que la veuve fût tenue de faire la preuve de cette donation. La Cour de Colmar rendit, le 24 novembre 1812, un arrêt interlocutoire aux termes duquel la veuve devait faire cette preuve, à peine d'être considérée comme ayant recélé ladite somme de 5.000 francs.

Elle ne put y parvenir.

La Cour, en conséquence, lui appliqua la sanction du recel : 6 avril 1813. — S. Chron.

Le recel, dans l'espèce, s'analysait en une simple allégation non vérifiée et réputée, à cause de cela, mensongère.

La jurisprudence n'était pas encore fixée et des controverses s'élevaient entre les partisans des deux tendances, controverses dont nous

trouvons un écho dans un arrêt de la Cour de Lyon, rendu dans une affaire Liénard.

Une dame Liénard laissait, en mourant, son mari commun en biens et, pour lui succéder, une dame Randon.

Cette dame Randon prétendit retenir — comme la veuve dans l'affaire de Colmar — des valeurs de communauté qu'elle disait lui avoir été données par la dame Liénard, de la main à la main.

Donation sans valeur puisque faite par la femme sur des biens communs. Mais, la question qui se posa devant le Tribunal fut celle de savoir si, les biens étant remis dans la masse, la dame Randon y pourrait prétendre pour partie. Le sieur Liénard, en effet, soutenait que la dame Randon avait commis un véritable recélé, puisqu'elle ne pouvait faire la preuve de l'existence du don manuel qu'elle prétendait lui avoir été fait.

Le Tribunal, puis la Cour de Lyon, jugèrent que la dame Randon avait fait une « déclaration fausse » et une « allégation mensongère », mais qu'elle n'était point coupable de « divertissement ou de recel dans le sens de l'article 792 » ; et que, d'ailleurs, « si la veuve Randon n'a pas prouvé que les effets qu'elle revendique lui aient été donnés, il n'a pas non plus été suffisamment démontré qu'elle les ait dérobés. »

La discussion sur la charge de la preuve n'est point de notre sujet.

Retenons seulement que, contrairement à ce qui avait été jugé à Colmar en 1813, la Cour de Lyon faisait une différence entre la « déclaration fausse ou allégation mensongère » et le « recel ». En quoi consistait cette différence, la Cour ne le précisait pas. Il est hors de doute que l'allégation mensongère n'est pas à elle seule un recel : c'est un moyen employé pour le commettre. Mais, lorsque ce moyen a été utilisé et qu'il faut, pour en paralyser les effets, une action en justice, ne peut-on pas dire que le recel a été commis autant qu'il était possible ? C'était la thèse que soutenait, devant la Cour de Caen, en 1870, l'avocat-général Lanfranc de Panthou, auquel on opposait la distinction entre la tentative et le recel.

La Cour de Lyon n'a pas envisagé ce point : 28 décembre 1838.
— D. 1839.2.257.

Il y eut cependant des tribunaux et des Cours d'Appel pour juger que la déclaration mensongère constitue en soi un recel. Cela fut admis surtout pour la déclaration du mari relativement à de prétendues dettes de communauté.

Indépendamment de la question de savoir si la création de la dette était régulière en la forme, la jurisprudence décide que le mari qui affirme faussement une dette de communauté commet un recel.

Le Tribunal de la Seine, puis la Cour de Paris en jugeaient ainsi en 1863. Selon la Cour, « il suffit, pour que la pénalité portée par l'article 1477 soit encourue, que la fraude qu'il prévoit et réprime ait été commise dans l'inventaire, bien qu'elle soit demeurée à l'état de tentative non suivie d'effet ». Idée absolument opposée à celle qui dominait en jurisprudence et selon laquelle il convient de distinguer entre le recel consommé et la simple tentative, qui ne serait pas punissable. Du 22 juillet 1863 — S. 1863.2.225.

Sans doute, pour la Cour, il fallait appliquer le raisonnement de l'Avocat-Général Lanfranc de Panthou, aux termes duquel la tentative demeure punissable si elle n'a échoué que par suite d'une action en justice, grâce à laquelle est démontrée la fraude commise. Mais, il ne saurait évidemment être question de punir « l'intention réduite à l'état d'intention. »

D'ailleurs, la jurisprudence était loin d'être unanime.

La Cour de Douai, dont nous avons déjà pu apprécier les tendances étroites du point de vue de l'interprétation de l'idée de recel, manifestait, là encore, son esprit, proche parent de celui qui avait inspiré les décisions de la Cour Suprême en 1855.

Dans une espèce semblable à celles qu'avaient eu à juger les Cours de Lyon et de Colmar, elle donnait une solution absolument opposée à celle de 1813.

Une dame Hugue mourait sans testament, laissant deux héritiers, son frère, Joseph Hugue, et sa sœur, Cécile Hugue, veuve Rattez.

Lors de l'apposition des scellés, la dame Rattez déclara que six titres de rente sur l'Etat appartenant à la de cujus avaient été donnés par elle, de la main à la main, à son neveu Charles Rattez.

Joseph Hugue, qui avait des doutes sur la sincérité de cette déclaration, donna assignation à son neveu Charles Rattez et à la mère de ce dernier. Ils offrirent alors de restituer les titres litigieux. Mais, le Tribunal jugea ces offres tardives, dit qu'il y avait recel et appliqua à la dame Rattez et à son fils Charles la pénalité de l'article 792

Sur appel, la Cour de Douai, reprenant la thèse de Lyon, disait que les affirmations de la veuve Rattez, quelque mensongères

qu'elles fussent, et « assurément blâmables, ne tombaient pas sous l'application de la pénalité édictée par l'article 792 ».

Mais, plus soucieuse que la Cour de Lyon de motiver sa décision, la Cour de Douai expliquait qu'il n'y avait pas eu dissimulation de la part de la dame Rattez en ce qui concerne les six titres, qu'au contraire, « non seulement » la dame Rattez « en avait révélé l'existence au notaire », mais qu'elle les avait même représentés, « permettant ainsi à cet officier public d'en constater l'existence et la valeur ». 2 novembre 1885 — Gaz. Pal. 1886.1.34.

En somme, la dame Rattez avait avoué qu'il existait des titres de rente dépendant de la succession Hugue, mais, en même temps, elle fournissait de fausses indications sur leur propriété. Mais, la Cour de Douai s'en tenait à la définition du recel par les moyens employés pour le commettre et elle concluait que les affirmations mensongères de la dame Rattez ne tombaient point sous le coup des dispositions de l'article 792, puisque cette dame « ne divertissait ni ne recélait aucun effet de la succession, les valeurs devenant, par suite de ses déclarations, litigieuses avec un tiers, mais restant parfaitement connues de tous les cohéritiers ».

Seulement, la question était posée. En face des affirmations à priori de la Cour de Douai et de la Cour de Lyon, demeurait la solution extensive de la Cour de Colmar. Et cette solution correspondait de plus en plus aux tendances de la jurisprudence moderne.

Néanmoins les tribunaux, dans ce domaine, restaient fidèles à l'interprétation restrictive de l'idée de recel.

Par deux fois, le Tribunal de Versailles refusa d'appliquer les sanctions du recel à des cas dans lesquels la Cour de Cassation n'aurait certainement pas hésité à donner la solution inverse.

Une dame B., mariée sous le régime de la communauté, avait fait, à l'aide des derniers communs, provenant d'immeubles vendus, trois contrats de rente viagère sur la tête des époux et sur la tête du survivant.

Lors de l'inventaire qui suivit la mort du mari, la veuve B... déclara ignorer ce que son défunt mari avait fait du prix des immeubles jadis vendus.

Les héritiers du mari, qui connaissaient l'existence des contrats de rente viagère, répondirent en concluant à l'application des peines du recel contre la veuve.

Par jugement du 29 mars 1899 — Gaz. Pal. 99.2.184 — le Tribunal de Versailles rejetait leur demande. La femme, disait-il, doit récompense des deniers qui ont servi à constituer la rente, mais rien de plus. Quant à l'article 1477, il est relatif à des effets de communauté; « il ne peut s'appliquer à l'obligation d'indemniser la communauté des fonds qui ont pu en être tirés » pour constituer la rente.

L'ignorance dont la veuve avait mensongèrement excipé ne pouvait être considérée comme un recel. Le tribunal précisait même que la créance des copartageants correspondant à cette obligation (d'indemniser) n'est représentée par aucun titre qui puisse être diverti ou recélé». Phrase caractéristique de la conception purement matérielle que le tribunal se faisait encore du recel, à une époque où la Cour Suprême avait fait triompher sa conception large fondée sur le principe d'égalité des partages.

C. — Si le simple silence peut constituer un élément de recel

Nous venons de voir que les tribunaux n'admettent pas, en général, que le mensonge constitue un recel par lui-même, ni qu'il soit un élément du délit de recel. Ils exigent, de plus, qu'il y ait un élément matériel. Ils ne veulent pas considérer comme divertissement la simple affirmation portant sur la propriété d'un bien de la succession ou de la communauté.

Et, s'il y a, non plus mensonge, mais silence, nous allons assister à un changement d'attitude; nous allons voir les tribunaux revenir à leur sévérité coutumière, variable selon les époques en raison de l'idée même que la jurisprudence se fait du divertissement. Nous retrouvons en somme la même attitude que nous avons notée à propos des donations rapportables et réductibles non déclarées par le successible à l'inventaire.

Les motifs d'un arrêt rendu par la Cour de Bruxelles, le 22 avril 1817 — D. Rép. V° Contr. de Mar., n° 2203 — méritent de retenir notre attention. « Attendu, lisons-nous, que s'il n'est pas suffisamment établi par l'enquête que l'appelante ait personnellement diverti des effets de la communauté, il est prouvé qu'étant restée dans la maison mortuaire, elle a souffert qu'ils en fussent divertis par des individus de sa famille et autres; — Attendu que, lorsque, après ces soustractions, l'inventaire fut pris à ladite maison, elle n'a fait aucune mention ni déclaration de tels effets qui s'y étaient trouvés à l'époque du trépas de son époux, réticence qui seule suffit pour caractériser le recélé... »

Pour la Cour de Bruxelles, une simple « réticence » suffit pour caractériser le recélé. Ce n'est même pas un mensonge. Dans l'espèce, en quoi consiste cette réticence ? Dans le silence gardé par la veuve sur des soustractions commises en sa présence, c'est-à-dire dans le fait de n'avoir pas dénoncé des vols d'effets de la communauté, vols auxquels elle n'avait point participé.

Aux origines mêmes de notre codification, voilà une interprétation bien large du concept de recel.

La Chambre Civile allait, au milieu du 19^e siècle, consacrer cette interprétation.

En 1848, un certain Jules Groullié avait pris en main l'administration de la fortune de son père, devenu complètement infirme. A la mort de ce dernier, en 1851, la succession fut partagée entre ledit Jules Groullié, son frère Adolphe, et leur mère, commune en biens. Jules Groullié mourait dix ans plus tard, laissant pour légataires universels les hospices de la ville de Bordeaux.

Mais la dame Groullié et son fils Adolphe s'aperçurent qu'ils avaient été lésés, lors du partage de 1851.

Jules Groullié avait été, de 1848 à 1851, en possession de tous les biens composant la communauté d'acquêts des époux Groullié et de ceux qui devaient composer la succession de Groullié père, et il avait su en profiter.

Adolphe Groullié et sa mère agirent contre les légataires universels du de cujus et réclamèrent, contre les hospices de Bordeaux, l'application des dispositions de l'article 792.

Que Jules Groullié eût, ou non, gardé le silence sur son administration de la fortune paternelle, cela est hors du débat, répondait la Commission des hospices de Bordeaux. Il s'agit seulement de savoir s'il a commis des détournements, escroquerie ou abus de confiance.

C'est sur ce terrain que se plaça le Tribunal Civil de Bordeaux, comme naguère la Cour de Cassation, dans les affaires de 1855. Il rejetait la demande des consorts Groullié, jugeant que, « dans le fait incriminé, on ne trouve pas l'élément essentiel du vol, qui consiste dans l'appréhension frauduleuse de la chose d'autrui », ni de l'abus de confiance « puisqu'il n'était pas établi que Groullié père eût confié, à titre de mandat ou de dépôt, à Jules Groullié, les valeurs que celui-ci aurait détournées... »

Nous retrouvons ici la conception purement pénale du recel, qui était

celle de la Cour Suprême quelques années avant que fût rendu ce jugement (qui est du 25 février 1863).

Mais, sur appel, la Cour de Bordeaux écarta ces considérations pénales, « secondaires et subséquentes à l'obligation purement civile de rendre compte et restituer, que Jules Groullié avait contractée. » Or, cette obligation civile était sanctionnée par les peines de l'article 792 et, en ce sens, on peut dire que la Cour assimila au recel le silence gardé par Jules Groullié sur la consistance des biens qu'il détenait lors du décès de son père.

Pourvoi en cassation des hospices de Bordeaux.

Rejet par la Chambre Civile, 17 avril 1867 — S. 1867.1.205 — « Les détournements commis par Jules Groullié, ou la dissimulation et la rétention d'une partie des valeurs héréditaires » avaient causé à Adolphe Groullié et à sa mère un « préjudice », dont la « réparation » adéquate était précisément l'application des dispositions de l'article 792.

C'était en somme une solution conforme à la jurisprudence nouvelle sur la nécessité de sauvegarder l'égalité des partages, jurisprudence pour laquelle l'idée de réparation l'emportait sur l'idée de répression pénale.

La Chambre Civile confirmait sa doctrine sur le silence coupable et précisait sa position par rapport aux notions pénales, dans une décision du 23 août 1869 — S. 1869.1.470.

Elle écartait tout appel aux notions pénales et semblait répondre directement aux arguments présentés par le Tribunal de Bordeaux dans l'affaire Groullié.

« En l'absence de circonstances particulières et précises qui leur en attribuent légalement les caractères tels qu'ils sont déterminés par la loi pénale, les faits de divertissement n'impliquent point nécessairement l'existence de délits proprement dits ; ils peuvent résulter de toute fraude ayant pour but de rompre l'égalité des partages, notamment du silence gardé par l'un des héritiers, intentionnellement et de mauvaise foi, sur l'existence d'un effet de la succession qui se trouverait entre ses mains. »

Il n'est plus seulement question, comme en 1867, de réparer un préjudice causé par des détournements, dont on ne donne pas la qualification juridique. C'est une définition jurisprudentielle du divertissement que donne la Cour de Cassation. Désavouant sa doctrine de 1855

et condamnant les nombreux arrêts qui s'en sont inspirés, elle proclame qu'il y a recel dès l'instant qu'il y a fraude ayant pour but de rompre l'égalité des partages, quels que soient les moyens employés pour parvenir à ce but, et lors bien même que les faits incriminés ne tomberaient pas sous le coup de la loi pénale. Le silence, notamment, dans des conditions déterminées, devenait un élément du recel.

Mais, nous avons vu les difficultés auxquelles s'était heurtée la Cour Suprême avant de faire triompher sa doctrine. Alors qu'aux environs de 1865, elle proclamait déjà sa conception nouvelle, les Cours d'Appel, au moins certaines d'entre elles, résistaient et une réaction assez vive se manifestait contre la jurisprudence de la Chambre Civile vers 1880-1885.

Dans le domaine que nous étudions dans ce paragraphe, nous allons voir les Cours d'Appel et les Tribunaux du premier degré d'accord dans cette résistance.

C'est d'abord la Cour de Lyon qui, dans une affaire Paris, revient à la notion purement matérielle du divertissement.

Un sieur Paris meurt à Lyon, le 22 juillet 1878, laissant pour lui succéder, sa veuve, légataire universelle en usufruit de tous ses biens et, d'autre part, les héritiers de droit.

Ces derniers prétendirent que la veuve avait commis des détournements, lors de l'inventaire. Un jugement du 11 juillet 1879 autorisait les héritiers à faire cette preuve et l'affaire revint devant le Tribunal de Lyon pour solution, le 24 juin 1880.

Il se trouvait que le défunt, qui était un illettré, tenait mal ses comptes et qu'il ne parlait de ses affaires à personne, ce qui expliquait l'ignorance dans laquelle était sa femme. A vrai dire, les héritiers de Paris reprochaient à la veuve certains actes que son ignorance seule n'expliquait point, par exemple le défaut de déclaration d'une créance échue trois jours avant l'inventaire et qu'elle avait soigneusement cachée au notaire.

Le tribunal jugea « que tous les griefs articulés se trouvent être demeurés à l'état de tentative et n'ont pu constituer des détournements effectués réellement et matériellement ». Notons déjà l'emploi du mot « matériellement ». Le jugement ajoutait que « l'intention et même la tentative ne peuvent suffire » à constituer le délit de recel et qu'ainsi l'article 792 « est inapplicable dans la cause. »

Sur appel, la Cour de Lyon confirmait par adoption de motifs : 6 juillet 1881. — Gaz. Pal. 1881.1.162.

Y avait-il tentative ? Certes non, puisque l'arrêt déclarait que « l'inventaire qui a été dressé est absolument incomplet, le notaire n'ayant pas alors les documents et renseignements nécessaires. »

Dès lors, de deux choses l'une : ou bien la femme, quoique de bonne foi, n'avait pu fournir au notaire ces renseignements et, en ce cas, il n'y avait même pas tentative de recel ; ou bien, ayant les renseignements nécessaires, elle ne les avait point fournis pour dissimuler à son profit l'existence de divers éléments d'actif et il avait fallu une action en justice pour la convaincre de ses dissimulations ; et, en ce cas, il y avait plus qu'une simple tentative, il y avait véritablement l'omission frauduleuse que l'article 792 prévoit et réprime.

Mais la Cour n'avait voulu voir dans le recel que le détournement au sens matériel du mot.

Devant cette réaction caractérisée, la Cour de Cassation proclamait de nouveau nettement sa doctrine.

Dans un arrêt de rejet du 25 mars 1885, la Chambre des Requêtes reprenait textuellement les termes de l'arrêt de 1869. « En l'absence des circonstances particulières et précises qui leur en attribuent légalement les caractères, tels qu'ils sont déterminés par la loi pénale, les faits de divertissement et de recel prévus par l'article 792 n'impliquent point nécessairement l'existence de délits proprement dits ; ils peuvent résulter de toute fraude ayant pour but de rompre l'égalité des partages entre cohéritiers et notamment du silence que l'un des cohéritiers aurait gardé intentionnellement et de mauvaise foi sur l'existence de valeurs de la succession qui se trouvaient entre ses mains... » — S. 1888. 1.148.

La Chambre des Requêtes allait même plus loin dans la voie de l'extension du concept de recel.

Elle jugeait que la veuve commune qui tait une créance qu'a la communauté contre l'un des héritiers du mari commet un recel. Et cependant, la veuve perd, par son silence, la part qu'elle aurait eue, dans cette créance, comme commune en biens. Du 6 juin 1894. — S. 1897.1.124.

Les résistances des juges du fait demeuraient aussi vives, malgré cette volonté doublement affirmée de la Cour Suprême.

La Cour de Lyon demeurait fidèle à sa jurisprudence de 1881.

Elle jugeait, le 28 février 1891, que « le recel ne consiste pas en la simple omission de déclaration de la part de l'héritier, d'objets ou

de valeurs dont il est nanti, et qui font partie des biens de la succession ». — Mon. Jud. Lyon, 21 mai 1891.

C'est cette même Cour qui avait jugé, l'année précédente, qu'il n'y a point recel dans le fait de garder le silence sur une donation reçue du de cujus : 25 juin 1890. — Mon. Jud. Lyon, 20 sept. 1890 — Cf. Sect. 1^{re}, par. C.

Même solution devant le Tribunal de Mayenne, en 1899, dans une affaire Demonclair, où, cependant, la doctrine nouvelle était éminemment favorable.

Une dame Demonclair avait jadis acquis, pour le compte de sa fille mineure, Berthe Demonclair, un immeuble qu'elle avait payé de ses deniers.

Berthe Demonclair épousa, par la suite, un sieur Daniel. Puis, lors de la dissolution de la communauté Demonclair, elle vint prétendre qu'elle avait payé de ses deniers l'immeuble en question, afin de le soustraire au rapport. La veuve Demonclair conclut, devant le tribunal, au rapport dudit immeuble et à l'application de la sanction portée en l'article 792 sur la somme que Berthe Daniel serait condamnée à rapporter.

Par jugement du 13 juillet 1899, le Tribunal de Mayenne ordonna le rapport — Gaz. Pal. 1899.2.489. — Mais il rejetait l'application de l'article 792, par le motif que ce texte vise des « fraudes caractérisées, des manœuvres véritablement dolosives » et « que le simple silence ou le refus d'explication est insuffisant pour faire encourir les rigueurs de ce texte à l'héritier ».

On ne pouvait aller plus exactement à l'encontre de la jurisprudence de la Cour Suprême.

Et le mouvement de réaction allait continuer ainsi jusqu'à la veille de la guerre.

Le Tribunal de Versailles qui avait déjà, à cette époque, manifesté sa tendance nettement hostile à la doctrine nouvelle, rendait, le 22 mars 1898, une décision inspirée exactement du même esprit, mais plus fortement motivée que celle de Mayenne.

Un sieur Pierre G... mourait, laissant une veuve, commune en biens, légataire universelle de l'usufruit de la succession, et la dame veuve D..., légataire universelle en nue-propriété.

Lors de l'inventaire, la dame G... s'abstint de déclarer une importante succession que le de cujus avait recueillie au cours du mariage,

afin d'augmenter la masse commune — donc partageable — au détriment des biens propres du défunt, — donc de la part de la dame D...

Celle-ci, ayant appris l'existence de cette succession, demanda au Tribunal de Versailles de prononcer contre la veuve G... la déchéance de l'article 1477.

Le tribunal rejeta sa demande — « La Loi », 26 mars 1898.

L'article 1477, disait-il, punit le recel d'effets de la communauté. Or, la veuve G... n'a point diverti d'effets de la communauté. Au contraire. Elle a tenté d'enrichir cette communauté, « en dissimulant une créance propre de la succession de son mari contre la communauté ». Evidemment, cette dissimulation avait pour but d'enrichir, en même temps que la communauté, la veuve G... elle-même.

Mais, le tribunal de Versailles jugeait impossible d'étendre à cet acte, quelque blâmable qu'il fût, les dispositions de l'article 1477.

A s'en tenir au texte, les juges de Versailles pouvaient avoir raison. Mais, avec l'interprétation qui, depuis une trentaine d'années, était celle de la Cour de Cassation, leur position était intenable. Que la veuve G... eût enrichi la communauté, cela importait peu. Elle brisait l'égalité du partage entre elle et la dame D... et cela seul devait entraîner l'application des peines du recélé.

Rappelons que la Cour de Paris avait une jurisprudence plus conforme à celle de la Cour de Cassation, ainsi que cela s'était marqué dans une affaire Claude Charles, jugée en 1899.

La question se posait de savoir ce que l'on devait faire à l'égard d'une veuve commune en biens qui avait affirmé, sous serment, l'exactitude d'un inventaire ne mentionnant point une donation de 64.000 francs faite par le mari à l'un des enfants, donation dont la veuve connaissait l'existence.

Une somme de 44.000 francs avait servi à acheter un immeuble à l'enfant gratifié; quant au reste, on en ignorait l'emploi. Si la Cour de Paris avait repris le vieux précédent de 1817, consacré, somme toute, par la Cour Suprême depuis 1867, elle aurait jugé que la veuve était coupable de recel, « par le fait qu'elle n'aurait pas révélé la dissimulation accomplie par son mari et sa fille. » La Cour n'osa pas aller si loin pour les 44.000 francs. Mais, pour les 20.000, sur l'emploi desquels l'ignorance demeurait entière, la Cour n'admit pas la défense de la veuve, consistant à dire qu'elle n'avait pas à en rendre compte, puisqu'elle n'en avait pas la disposition. « Son attitude et son silence

ajoutés aux autres circonstances de la cause, jugea la Cour, et aux mesures frauduleuses précédemment prises, fournissent des présomptions suffisamment graves pour établir le détournement qui lui est reproché et entraîner contre elle la déchéance de l'article 792 C. Civ. ». Du 6 janvier 1899. — Pand. 1900.2.57.

L'attitude de la Cour de Paris apparaît clairement.

Le résultat est conforme à ce qu'aurait jugé la Cour de Cassation. Mais, juridiquement, les deux conceptions sont très différentes. La Cour de Paris ne considère pas que le silence soit un délit. Elle le note simplement pour en faire un élément qui, le moment venu, s'ajoutera à d'autres et complètera la preuve d'un détournement matériel, bien distinct du silence en lui-même.

Peu de temps après, le Tribunal de Rennes persévérait dans la doctrine restrictive de la Cour de Lyon. Il jugeait que les dispositions de l'article 792 « ne s'appliquent pas au cas où l'héritier a omis de déclarer les objets compris dans une donation déguisée « à lui faite par le de cujus », ajoutant que les mots recélé et divertissement employés par le législateur ne peuvent viser que l'action de cacher des effets détournés au préjudice de la succession.. Du 12 février 1906 — Gaz. Pal. 1906.1.397.

Mais, la même année, un tribunal de première instance se ralliait à la théorie de la Cour de Cassation : Tribunal de Marvejols, affaire de Marnhac.

Une demoiselle de Marnhac avait été gratifiée d'une donation excédant la quotité disponible. Pour éviter la réduction, ladite demoiselle garda le silence, lors de l'inventaire qui suivit la mort du donateur. Le Tribunal lui appliqua les pénalités de l'article 792, en raison du « silence qu'elle avait intentionnellement gardé, malgré les interpellations successives qui lui avaient été faites », silence dont le but était de « rompre l'égalité du partage ». 23 février 1906 — Gaz. Pal. 1906.1.388.

Il faut bien convenir que ces pures considérations doctrinales avaient plus de prise sur la Cour de Cassation d'autant plus que, depuis 1865 environ, elle élaborait, à mesure que se présentaient les espèces, une notion très large et très complète de ce délit de recel, si peu étudié dans le Code Civil. L'esprit des anciens Parlements avait revécu un instant à la Cour Suprême. Ses décisions étaient évidemment inspirées du désir de réaliser, non pas tant l'unité de jurisprudence, que l'unité de con-

ception dogmatique dans un domaine laissé à l'abandon par le législateur.

SECTION TROISIEME

LE POUVOIR DE QUALIFICATION DES JUGES DU FAIT

En matière criminelle, un délit est toujours défini par un texte de loi et ses éléments constitutifs sont déterminés avec précision. Le juge du fait n'est souverain que sur un point, la question d'intention. Quant aux éléments matériels du délit, il n'a pas le droit de les apprécier : il n'a qualité que pour les constater.

Pour le recel, il était difficile d'appliquer la conception du droit criminel. Car, où sont les textes qui déterminent avec précision les éléments constitutifs du délit ?

C'était donc à la jurisprudence de dire en quoi exactement consisterait ce délit. En d'autres termes, c'était réserver aux juges le droit de qualifier comme ils voudraient les éléments de fait en présence desquels ils se trouveraient.

Nous avons vu, dans les trois premières sections de ce chapitre qu'en effet, ce sont les tribunaux qui qualifient l'acte qui leur est soumis, ce qui explique les variations de la jurisprudence sur la détermination même des éléments constitutifs du recel.

Cependant, les variations jurisprudentielles sont limitées par l'action de la Cour Suprême. Le lecteur se souvient certainement, au moins, dans les grandes lignes, des multiples conflits qui mirent aux prises, dans la seconde partie du 19^e siècle, la Cour de Cassation, acquise aux conceptions larges de l'idée de recel, et les Cours d'Appel, fidèles à la notion restrictive et matérielle du délit.

En général, on peut dire que la Cour de Cassation a fait triompher son point de vue. Il est d'ailleurs conforme aux nécessités de la pratique, qui obligent les tribunaux à ne pas montrer une indulgence exces-

sive, indulgence qui est la conséquence fatale de l'interprétation étroite du concept de recel.

Mais, la victoire de la Cour de Cassation n'a pas été immédiate. Des réactions se sont produites. Sur certains points, les juridictions inférieures sont demeurées inébranlables.

A quoi cela est-il dû ? La Cour Suprême a-t-elle négligé son rôle ?

Il ne semble pas que l'on puisse faire ce reproche à une juridiction qui a bâti pièce à pièce une notion juridique aussi complètement.

Ce chaos que l'on constate encore en notre matière vient de ce que la Cour de Cassation elle-même a parfois reconnu aux juges du fait un pouvoir souverain d'appréciation en ce qui concerne les éléments constitutifs du recel.

Non seulement, ce n'est pas la loi qui a déterminé ces éléments, comme elle le fait en droit pénal. Mais encore la juridiction qui, en France, pourrait, dans une certaine mesure, suppléer au silence du législateur, a abandonné son pouvoir de qualification aux juges du fait, dans de multiples occasions.

Étudions d'abord comment s'est fait cet abandon.

Nous verrons ensuite quelles en sont les conséquences et ce que nous en pouvons penser.

Le principe apparaît pour la première fois, à notre connaissance, dans une affaire Barbier.

Les héritiers d'un sieur Barbier avaient obtenu contre sa veuve une condamnation pour recel. En appel, la Cour de Dijon disait qu'il y avait eu, de la part de la veuve, plutôt « inexactitude » que recel et que cette inexactitude devait simplement donner lieu à une « demande de compte » — 19 mars 1830.

Les héritiers Barbier formèrent un pourvoi en cassation de l'arrêt de Dijon. Ils invoquèrent, à l'appui, les principes du droit pénal, selon lequel, « il n'est pas au pouvoir des tribunaux de transformer un fait matériel de divertissement ou de recel en une simple inexactitude. »

Au fond, le pourvoi nous apparaît comme mélangé de droit et de fait : il n'était pas impossible qu'en fait la Cour eût reconnu qu'il n'y avait qu'une simple inexactitude.

Au reste, étudions l'arrêt de rejet.

La Chambre des Requêtes commençait par poser le principe « qu'il appartient aux Cours Royales de déterminer souverainement la nature

et le caractère des faits qui sont allégués devant elles comme constituant le divertissement ou le recel. »

« Nature et caractère », c'est une expression assez peu claire pour désigner ce que nous appelons aujourd'hui « qualification ». En somme, la Chambre des Requêtes veut dire que les Cours d'Appel sont « souveraines » pour qualifier juridiquement les faits dont elles sont saisies, et pour dire, sans que leur décision puisse être cassée : tel fait est un recel, tel fait n'est pas un recel.

Mais, poursuivons la lecture de l'arrêt : « Attendu, en fait, que, par appréciation des pièces produites et notamment des livres de commerce de feu Michel Barbier, de l'inventaire et de l'enquête, comme aussi des faits et circonstances de la cause, la Cour de Dijon a déclaré : 1° qu'il n'était pas établi que la veuve Barbier eût diverti ou recélé aucuns effets ou sommes provenant de la communauté, et 2° que les déclarations de cette veuve ne constituaient qu'une inexactitude, par l'effet de laquelle elle se trouvait comptable de 1.713 francs; qu'en tirant des faits ainsi déclarés et déterminés, la conséquence que la veuve Barbier n'était pas passible de l'application de l'article 1477 C. Civ., l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé cet article, n'en a fait qu'une juste application, Rejette... » Du 31 mai 1831 — S. 1831.1.224.

On peut dès lors se demander où est le « souverain » pouvoir de la Cour Royale à l'effet de qualifier le fait dont elle est saisie.

En effet, la Cour de Cassation décide, nous venons de le voir, que la Cour de Dijon n'a point violé la loi parce qu'elle a tiré de deux ordres de faits (pour la constatation desquels elle est assurément souveraine) la conséquence qu'il n'y avait pas recel de la part de la veuve Barbier.

Les déclarations de cette femme étaient certes inexactes, mais sans intention de fraude, dit la Cour de Dijon. Pure question de fait et non de qualification juridique. Sans même qu'il soit fait état du pouvoir « souverain » des juges du fond à l'effet de déterminer les éléments constitutifs du recel, il n'est pas douteux qu'en l'espèce, la Chambre des Requêtes doit rejeter un pourvoi formé en cassation d'un semblable arrêt.

Il n'en demeure pas moins que la Cour avait cru devoir poser *in terminis* ce principe de la souveraineté des juges du fait touchant la qualification des éléments du délit.

Nous ne trouvons plus d'application de ce principe jusqu'à un arrêt

de 1859, de la même Chambre, rejetant un pourvoi formé en cassation d'une décision rendue par la Cour de Poitiers le 9 février 1859.

La Cour d'Appel n'avait pas constaté expressément l'intention frauduleuse des cohéritiers qu'elle frappait.

Ceux-ci, dans leur pourvoi, soutenaient qu'il ne suffit pas que le juge du fond constate la matérialité des faits, qu'il faut encore, pour qu'il puisse appliquer l'article 792, qu'il constate que l'omission ou le détournement ont eu lieu « sciemment et de mauvaise foi ». Or, la Cour de Poitiers n'avait rien dit au sujet de l'intention coupable.

La Chambre des Requêtes commençait par rappeler dans son arrêt — 14 décembre 1859 - S. 1860.1.243 — que « la loi n'ayant pas déterminé les circonstances constitutives du recel, en a abandonné l'appréciation aux lumières et à la conscience des juges du fait ».

La Cour ne méconnaissait point que la privation de part ne saurait être encourue « qu'autant que l'omission a été faite sciemment et de mauvaise foi ». Mais il n'est pas nécessaire, disait-elle, « que le juge exprime que cette omission a été faite sciemment et de mauvaise foi ».

Pourquoi? Simplement « par la raison que le recel et le détournement impliquent l'idée du dol et de la fraude et, par conséquent, celle que les faits qui les constituent ont été commis sciemment et de mauvaise foi ».

La Cour suprême aurait pu, tout aussi bien, dispenser les juges du fait de constater le détournement matériel, par la raison que le mot recel implique ce détournement. Mais c'est précisément par là que se marque le « souverain » pouvoir des juges du fond. Qu'un arrêt de Cour d'Appel dise qu'il y a recel : il échappera à la censure de la Cour de Cassation en ce qui concerne l'intention de fraude.

Les deux arrêts que nous venons d'étudier, celui de 1831 et celui de 1859, posent nettement le principe et le dernier en fait même une très hardie application.

Mais qu'allait juger la Chambre Civile?

Dans l'affaire Billiotte, que nous avons étudiée d'un autre point de vue, elle se montrait beaucoup plus réservée que ne l'avait été la Chambre des Requêtes.

D'abord, elle se gardait de toute allusion à un principe quelconque de « souveraineté » du juge de fait, en matière de qualification. De plus, elle étudiait en détail les motifs donnés par l'arrêt entrepris qui avait qualifié recel une donation déguisée et non déclarée. On peut

penser que si les considérants de l'arrêt de Paris n'avaient point paru justifier la réalité du délit, la Chambre Civile n'eût pas hésité à casser, en dépit du pouvoir souverain des juges du fait : 27 novembre 1861 — S. 1862.1.489.

Dans l'affaire Groullié, que nous avons étudiée à la section troisième du présent chapitre, la Chambre Civile ne mentionnait pas plus l'existence de ce pouvoir « souverain » des juges du fait. C'est elle-même qui déduisait des motifs de l'arrêt attaqué « qu'un fait ainsi caractérisé (celui dont les défendeurs au pourvoi avaient fait état) tombait sous l'application de l'article 792 ».

On ne voit pas là la reconnaissance d'une souveraineté quelconque au profit des juges du fond. Au contraire, la Cour Suprême exerce le contrôle autant qu'il est en elle et le fait porter sur la qualification même des faits constatés : 17 avril 1867 — S. 1867.1.205.

Devant la fermeté de la Chambre Civile, la Chambre des Requêtes parut abandonner son principe de 1831 et de 1859.

Dans les affaires Battini et Lehouitel, elle s'abstenait de proclamer le pouvoir souverain des juges du fait quant à « l'appréciation » des faits. Elle le reconnaissait seulement pour la « constatation », ce qui est une maxime courante de notre droit moderne et la base même de l'institution de notre Cour Suprême : 11 mai 1868 — S. 1868.1.343 — et 5 août 1868 — S. 1869.1.24.

Mais la Chambre Civile allait, tout d'un coup, changer la situation.

Le 17 mars 1869, rejetant un pourvoi formé en cassation d'un arrêt de Dijon, elle reprenait, mot pour mot, les considérants de l'arrêt rendu par la Chambre des Requêtes, le 14 décembre 1859, sur le pouvoir souverain des juges du fait.

A la mort d'un sieur Constant, inventaire fut dressé en présence de ses héritiers, les époux Pommier et Lorimy.

Les époux Pommier prétendirent que leurs cohéritiers avaient détourné certaines valeurs et demandèrent au Tribunal de Châtillon-sur-Seine de les condamner à rapporter ces valeurs et de les priver de toute part en icelles; rejetée par le tribunal, cette demande fut accueillie par la Cour de Dijon, le 27 mars 1867.

Mais la Cour ne constatait pas l'intention frauduleuse qui avait présidé à l'omission reprochée aux époux Lorimy.

Ceux-ci fondèrent un des moyens de leur pourvoi sur cette absence de constatation.

La Chambre Civile répondit que « la loi n'ayant pas déterminé les circonstances constitutives du recel et du détournement en a par là même abandonné l'appréciation aux juges du fait ». Aux « lumières » et à la « conscience » près, c'est la formule de l'arrêt de 1859.

Conséquence du principe : « ...l'arrêt, en déclarant qu'il y avait recel, a clairement indiqué le caractère frauduleux des actes, les mots de recel et de détournement impliquant par eux-mêmes l'idée de dol et de fraude ». — S. 1869.1.299.

Quelques mois plus tard, la Chambre civile revenait au système du contrôle et semblait abandonner le principe de la « souveraineté » de qualification des juges du fait.

Dans une affaire Elie, elle examinait les diverses constatations de fait de l'arrêt attaqué et concluait « qu'en présence de pareils faits, en ordonnant que, conformément à l'article 792, Eléonor Elie ne prendrait aucune part au partage de la somme qu'il avait recélée, l'arrêt attaqué n'a fait qu'une juste application de la loi » : 23 août 1869 — S. 1869.1.470.

C'était tout le contraire de la reconnaissance du pouvoir souverain des juges du fond touchant la qualification des éléments constitutifs du recel.

Même doctrine encore dans l'affaire Busquet : arrêt du 24 avril 1872 — S. 1873.1.113.

La négation de tout pouvoir souverain des juges du fait est frappante dans l'affaire Avice — sect. 1^{re}, par. A.

La Cour de Caen, se fondant sur une notion très étroite du mot recel, avait refusé de faire application des peines de l'article 1477 à un mari qui avait fait figurer à l'inventaire deux dettes fictives de communauté. — 24 janvier 1873.

Si la Chambre des Requêtes était demeurée fidèle à son principe de 1859 sur la « souveraineté » des juges du fait, elle eût arrêté le pourvoi. Mais nous avons vu qu'elle avait changé de jurisprudence sous l'influence de la Chambre Civile.

Celle-ci fut donc saisie du pourvoi formé par la dame Avice, en cassation de l'arrêt de la Cour de Caen.

Conformément à sa doctrine sur le contrôle, dont elle ne s'était départie qu'une fois, en mars 1869, elle examina les motifs donnés par la Cour de Caen à l'appui de sa décision.

La Cour d'Appel avait constaté l'existence de deux dettes fictives

créées par le mari. Mais elle avait refusé de qualifier recel un tel fait. Agissant ainsi, elle était dans la plénitude du droit que lui avait reconnu la Chambre des Requêtes en 1831 et en 1859 et la Chambre Civile en 1869. Elle appréciait souverainement le fait dont elle était saisie, en l'espèce une création de dettes fictives et elle jugeait que ce n'était point là un recel.

La Chambre Civile eût approuvé, en 1855, indépendamment de toute idée de souveraineté d'appréciation des juges du fait.

Mais la jurisprudence de la Cour Suprême n'était plus la même en 1874.

Sans s'arrêter, même pour le dénier, au prétendu pouvoir « souverain » des juges du fait en matière de qualification, la Cour cassa l'arrêt de Caen : 22 décembre 1874 — S. 1875.1.249.

Ce principe de souveraineté n'était pas mieux traité par la Chambre des Requêtes qui, dans une affaire Perrier-Desloges, où il s'agissait également de création de dette fictive, faisait subir aux motifs de l'arrêt attaqué un minutieux examen et ne rejetait le pourvoi qu'après avoir constaté l'existence des éléments du recel : 13 août 1873 — S. 1874.1.49.

Il pouvait sembler acquis que seule la Cour de Cassation aurait compétence pour déterminer les éléments constitutifs du recel et pour donner une qualification juridique aux faits constatés par les Cours d'Appel.

Mais un arrêt Brissy semblait venir déranger cette belle économie.

Dans cette affaire, un mari avait exagéré sciemment le montant des propres par lui aliénés pour augmenter les emplois à faire.

Le Tribunal d'Avesnes y vit une manœuvre destinée à frustrer la communauté et tombant sous le coup des dispositions de l'article 1477 : jugement du 7 août 1874.

La Cour de Douai reconnut aussi l'existence d'une dissimulation, mais elle pensait qu'elle pouvait « s'expliquer autrement que par l'intention frauduleuse ». Par ce motif, elle infirmait le jugement d'Avesnes.

Pourvoi. La Chambre Civile le rejeta, « attendu que l'arrêt attaqué déclare qu'il n'est pas justifié que Mercier ait voulu frustrer les héritiers de son conjoint...; que cette appréciation, qui exclut toute intention frauduleuse, est souveraine ».

Appréciation de fait, on le voit. Rien qui touche à la qualification juridique.

Cependant, la décision de la Cour de Douai est étrange. Il y a dissimulation. Il est prouvé que Mercier a menti devant le notaire liquidateur et devant les premiers juges. Il ne s'est pas trompé, il a sciemment menti. Suffit-il, pour qu'il évite la sanction de l'article 1477, que la Cour de Douai vienne dire que son mensonge « peut » s'expliquer « autrement » que par une intention de fraude ? Si oui, où est la garantie des plaideurs contre la mauvaise foi ? Car il est bien certain que jamais ils ne parviendront à faire la preuve directe et absolue de la mauvaise foi de leur adversaire; ils n'apporteront que des vraisemblances et la Cour pourra toujours répondre, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait, que le mensonge peut s'expliquer autrement que par l'idée de fraude.

La Chambre Civile aurait peut-être bien été inspirée en intervenant. Elle ne le fit pas : 19 février 1879 — S. 1879.1.345.

Dès lors, la jurisprudence de la Chambre des Requêtes devient plus hésitante.

Si, dans une affaire Gras, elle faisait subir un examen approfondi à la décision de la Cour d'Appel — 13 mars 1882. Gaz. Pal. 1882-1883, 1^{er} sem., p. 35 — dans une affaire Chéret, elle revenait, à vrai dire plus verbalement que réellement, à la doctrine de la souveraineté des juges du fait : 20 janvier 1885 — S. 1885.1.299.

Puis, la Chambre des Requêtes, tout en proclamant, à chaque occasion, le pouvoir souverain des juges du fait en matière de qualification, se livrait néanmoins à l'examen des motifs produits par ces juges, comme si elle avait voulu exercer un véritable contrôle : 1^{er} avril 1885. — S. 1886.1.168.

Tout à coup, dans une affaire Bascou-Bouychou, la Chambre Civile non seulement abandonne le principe du pouvoir souverain des juges du fond, mais en prononce la condamnation formelle.

La Cour d'Appel avait reconnu, dans ses motifs, que le sieur Bouychou avait « fait transporter, de nuit ou clandestinement, au moment du décès du père commun, chez des amis ou des tiers complaisants, des objets dépendant de la succession du père commun. »

Se croyant souveraine pour qualifier juridiquement ces faits, la Cour s'abstint de les considérer comme constituant un recel et se borna à condamner Bouychou à rapporter les valeurs dérobées à la succession.

Et, en effet, si, en l'absence de toute détermination législative des éléments constitutifs du recel, ce sont les juges du fait qui sont souverains pour les fixer, on ne voit pas pourquoi la décision de la Cour ordonnant simplement de rapporter les effets dérobés serait attaquable.

Cependant, la Chambre Civile cassa l'arrêt : 23 février 1886 — Gaz. Pal. 1886.1. suppl. 80.

La circonstance du détournement matériel étant reconnue, la Chambre Civile estimait « qu'il était du devoir de la Cour d'Appel d'appliquer les dispositions de l'article 792 ».

On voit, par cet arrêt très net qu'il ne pouvait être sérieusement question, à la Chambre Civile, tout au moins, de reconnaître aux juges du fond un pouvoir souverain quelconque quant à la qualification juridique des faits qui leurs étaient soumis.

Peu de temps après l'affaire Bouychou, la Chambre des Requêtes se prononça dans le même sens que l'avait fait la Chambre Civile. Le recéleur prétendait avoir reçu une donation. Mais, l'arrêt attaqué avait réfuté victorieusement ce système de défense.

D'autre part, la Chambre des Requêtes rappelait, dans ses motifs, que le coupable avait persévéré à tel point dans ses dénégations qu'il avait allu, pour le convaincre, une instruction criminelle contre un tiers. La Cour de Cassation concluait que « toutes les conditions légales constitutives de la fraude punie par l'article 792 ont été constatées par l'appréciation souveraine de la Cour d'Appel, et qu'en conséquence, les dispositions de ce texte avaient été appliquées à bon droit ». Du 18 octobre 1886 — S. 1890.1.462.

Ces motifs appellent quelques observations.

En premier lieu, si les conditions constitutives de la fraude punie par l'article 792 sont « légales », le pouvoir souverain des juges du fait quant à la qualification tombe de lui même et le contrôle de la Cour Suprême doit s'exercer complètement.

Mais, nous demanderons respectueusement à la Chambre des Requêtes où est le texte de loi qui a déterminé les « conditions constitutives de la fraude punie par l'article 792 », et pourquoi elle a si souvent, depuis les jours lointains de 1831 et de 1859, décidé qu'en l'absence précisément de toute disposition légale qui les détermine, les éléments de fait du délit de recel étaient abandonnés « aux lumières et à la conscience » des juges du fond.

Enfin, comment la Chambre des Requêtes peut-elle dire que ces

conditions « légales » ont été constatées par « l'appréciation souveraine » de la Cour d'Appel? Si les conditions constitutives de la fraude punie par l'article 792 sont légales, leur « constatation » par la Cour d'Appel peut bien être « souveraine »; mais, la Cour d'Appel n'a rien à « apprécier », encore moins à « apprécier souverainement ».

Cet exemple nous montre combien est délicate cette question du contrôle, surtout dans une matière où les textes législatifs sont muets.

Aussi, dans toute la période qui suit cet arrêt de 1886, nous assistons à la proclamation du pseudo-principe de souveraineté des juges du fond en matière de qualification des faits soumis à leur examen et au contrôle réel des décisions de ces juges : Requêtes, 9 novembre 1887 — S. 1889.1.319.

Sur la question de l'intention frauduleuse, la Chambre des Requêtes maintenait la jurisprudence antérieure, aux termes de laquelle la Cour d'Appel n'est point obligée de constater l'existence de cette intention. « En déclarant », dit la Chambre des Requêtes, que le fait incriminé constitue un recel, la Cour d'Appel « constate », par cela même, l'existence de l'intention de fraude : 13 mai 1889 — S. 1890.1.12.

Cependant, dans une affaire Courtois-Leroux, la Chambre des Requêtes, tout en rappelant le principe de la souveraineté d'appréciation des juges du fond sur les éléments de fait du délit, semblait ne plus considérer que la déclaration qu'il y avait recel impliquait, pour la Cour d'Appel, constatation de l'intention de fraude, puisqu'elle disait, dans son arrêt, que la Cour d'Appel avait constaté « le caractère frauduleux » des actes incriminés.

D'autre part, discutant le second moyen du pourvoi, la Cour examinait en détail les constatations de l'arrêt entrepris, comme si le pouvoir souverain des juges du fond n'eût point été proclamé.

Enfin, à propos du premier moyen soulevé, la Chambre des Requêtes posait une définition, en quelque sorte, facultative (si l'on nous passe cette expression) du recel, disant « le divertissement et le recel prévus par l'article 792 peuvent résulter de toute fraude ayant pour objet de soustraire au partage certains effets de la succession. »

Tout cela montre que, dans la réalité, la souveraineté reconnue aux juges du fait quant à la qualification juridique des faits par eux constatés, est variable avec les espèces, le plus souvent écartée, parfois appliquée, lorsque cela facilite la tâche de la Cour de Cassation. Du 4 juin 1890. — Gaz. Pal. 1890.2.141.

Depuis l'arrêt de cassation de 1886, il semble bien que la Cour Suprême était revenue au système du contrôle.

La Chambre Civile confirmait sa doctrine dans la fameuse affaire Casaux-de la Béraudière.

Rappelons qu'il s'agissait d'une donation déguisée, excédant la quotité disponible, faite par la de cujus, de son vivant, à l'un de ses enfants; le déguisement consistait en une quittance d'un prix que cet enfant n'avait jamais payé. Il omit de déclarer cette donation, lors de l'inventaire, et, pour mieux la dissimuler, affirma la réalité des prétendus versements mentionnés dans ladite quittance.

Le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris reconnurent le caractère fictif de la quittance, mais refusèrent d'appliquer les pénalités de l'article 792, par le motif que ce texte ne vise que des « effets de la succession » et que les objets donnés n'en étaient point, puisque donnés par la de cujus avant son décès.

On peut discuter cette conception et nous nous souvenons, en effet, des controverses auxquelles elle donna lieu entre 1870 et 1885. Mais, si les juges du fond sont souverains quant à la qualification juridique des faits qui leur sont soumis, ils doivent avoir le droit de décider que la dissimulation de biens donnés avant décès ne constitue pas un recel.

C'est cependant ce que la Cour de Cassation n'admit point. Elle n'étudia pas la question du pouvoir d'appréciation des juges du fait, mais la discussion intéressante à laquelle se livra le Conseiller Rapporteur Monod sur le fait incriminé prouve que la Cour entendait n'accorder aucune souveraineté aux juges du fond, touchant la qualification du fait incriminé.

Au reste, l'arrêt est muet sur le principe du pouvoir souverain du juge du fait. Et pour cause. Il définit, en effet, le délit de recel, « en droit ». Il ne peut donc laisser aucune latitude au juge du fait.

« En droit, dit la Cour, les faits de divertissement peuvent (toujours la définition facultative) résulter de toute fraude ayant pour but de rompre l'égalité du partage entre cohéritiers. Dès lors, si la Cour d'Appel constate des faits qui rentrent dans la définition de la Cour de Cassation, elle « aura le devoir » de prononcer l'application des peines du recel. C'est en effet ce que décide l'arrêt : « Du moment que les constatations de l'arrêt attaqué établissent que les consort Ferland et de la Béraudière n'ont pas déclaré à l'inventaire la donation déguisée de 680.000 francs qu'ils ont reçue de leur mère, et ont, pour la dissimuler, faussement affirmé la réalité des prétendus paiements par

eux effectués, cet arrêt a suffisamment caractérisé le recel dont les sus-nommés se sont rendus coupables... »

On voit ce que devient la souveraineté des juges du fait.

Dans cet arrêt du 11 juillet 1893, la Chambre Civile, après avoir donné une définition du recel, déclarait nettement que, dès l'instant que la Cour d'Appel aurait, en fait, constaté la réunion des éléments qui, aux yeux de la Cour Suprême, constituent le recel, elle devrait prononcer les pénalités des articles 792 ou 1477. Les juges du fait ne peuvent donc plus constater l'existence de ces éléments et apprécier souverainement qu'ils ne sont point constitutifs de recel. Ils ont « le devoir » de frapper.

La Cour mit d'ailleurs sa théorie immédiatement en pratique : elle cassa l'arrêt de Paris, qui, ayant reconnu l'existence des faits constitutifs du recel, s'était abstenue d'en prononcer la sanction : Gaz. Pal. 1893.2.178.

Le contrôle de la Cour Suprême va même se faire sentir sur le terrain de l'intention, demeuré jusque là sous la souveraineté absolue des juges du fait.

Le lecteur se rappelle peut-être que, dans la célèbre affaire Stourdz-Gortschakow, la Cour de Paris avait cru pouvoir écarter l'application des sanctions de l'article 792, par le motif que la mauvaise foi de la princesse Gortschakow n'était point suffisamment démontrée : 20 janvier 1893.

Le Cour de Paris pouvait se croire doublement inattaquable : d'abord, parce que son motif était tiré uniquement d'une question de preuve; ensuite, parce qu'il était fondé sur l'intention, terrain traditionnellement réservé aux seuls juges du fait.

L'arrêt de la Cour de Paris fut néanmoins cassé, le 21 mars 1894 — Gaz. Pal. 1894.1.457.

Il manquait de base légale, disait la Chambre Civile, car il ne s'expliquait pas sur les détournements reprochés à la princesse.

Il ne s'expliquait pas plus que ceux qui prononçaient la peine de l'article 792, sans même constater l'existence de l'intention de fraude. Mais, les temps étaient peut-être changés.

Cependant, rien n'est simple dans cette chaotique matière du recel. Après toutes ces décisions qui, depuis 1886, ont fait si bon marché du pouvoir souverain des juges du fait quant à la qualification des éléments constitutifs du recel, la Chambre des Requêtes revient à son ancienne

jurisprudence et juge, le 5 février 1895, « que la loi n'ayant pas déterminé les circonstances constitutives du recel, en a abandonné l'appréciation au juge du fait, qui statue souverainement à cet égard ». — Gaz. Pal. 1895.1.335.

Manque d'harmonie ? Peut-être pas.

Remarquons que la souveraineté a été écartée, en 1874, 1886, 1893 et 1894, dans des hypothèses dans lesquelles les juges du fait avaient refusé d'appliquer les pénalités du recel.

Dans l'espèce jugée en 1895, elle est invoquée en faveur d'un arrêt qui a prononcé ces pénalités.

Nous ne prétendons pas que cela soit une explication. Mais, on ne peut pas ne pas être frappé des circonstances dans lesquelles cette souveraineté est écartée et de celles dans lesquelles elle est invoquée. Nous ne construisons pas un système abstrait et harmonieux; nous esquissons une histoire de la jurisprudence formée depuis 1804 sur les articles 792 et 1477, et il est hors de doute que les arrêts ne sont pas toujours déterminés par des considérations purement théoriques et par le souci d'aboutir à de belles synthèses : ils sont rendus par des hommes.

D'ailleurs, peu de temps après le premier arrêt rendu dans l'affaire Stourdza, la Chambre Civile confirmait sa jurisprudence de 1886, 1893 et 1894.

Dans une affaire Poutoire — dissimulation de don manuel — la Cour de Paris, confirmant un jugement de Meaux, avait écarté la sanction de l'article 792, parce que le don avait été fait avec dispense de rapport, ce qui excluait toute idée de recel.

Saisie du pourvoi, la Chambre des Requêtes aurait pu rejeter, en reprenant ses motifs de 1895 sur le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fait. Mais, il s'agissait d'un arrêt qui refusait d'appliquer les sanctions du recel. La Chambre laissa passer le pourvoi.

La Chambre Civile reprit la définition qu'elle avait donnée du recel. Elle détermina, dans son arrêt, les faits que prévoit et punit l'article 792, c'est-à-dire « toutes les fraudes au moyen desquelles un héritier cherche, au détriment de ses cohéritiers, à rompre l'égalité du partage ».

Puis l'arrêt rappelait quelles avaient été les constatations de l'arrêt attaqué et il concluait que l'article 792 était applicable dans la mesure où le don excédait la quotité disponible. Et la Cour de Paris ne s'était même pas expliquée « sur le point de savoir si le don litigieux était sujet à réduction. »

La Chambre Civile disait donc que la Cour d'Appel n'avait pas « légalement justifié son refus d'appliquer dans la cause les dispositions de l'article 792 » et cassait l'arrêt de Paris : 30 mars 1898 — *Gaz. Pal.* 1898.1.737.

La Cour Suprême maintenait sa doctrine dans une espèce où il s'agissait de déchéance de bénéfice d'inventaire.

La Cour d'Agen, confirmant, par arrêt du 8 février 1895, un jugement de Cahors, déclarait que l'article 801 est inapplicable aux faits de détournement antérieurs à l'acceptation bénéficiaire.

Après examen des constatations de fait, la Chambre Civile, rejetant encore une fois le prétendu principe de la souveraineté des juges du fond en matière de qualification des éléments du délit, jugeait que la Cour d'Appel avait fait une fausse application des dispositions de l'article 801, et cassait l'arrêt : 4 mai 1898 — *S.* 1902.1.446.

La Chambre des Requêtes, abandonnant encore une fois son système de pouvoir souverain d'appréciation des juges du fait, se livrait à un contrôle étroit des décisions frappées de pourvoi : *Aff. Deport*; Aix, 27 nov. 1899. *Rej.* 6 février 1901 — *S.* 1902.1.446.

Même lorsque le pourvoi n'était fondé que sur le défaut de constatation de l'intention de fraude, la Chambre des Requêtes évitait le moyen facile de jadis, à savoir que le mot recel implique par lui-même l'intention frauduleuse.

Dans une affaire Lebon-Haupais, que nous avons précédemment étudiée, la Cour reprenait, dans son arrêt, les circonstances d'où résultait avec évidence l'intention frauduleuse. Du 22 mai 1901 — *S.* 1902.1.319.

Une jurisprudence constante est une impossibilité en matière de recel. Aussi, dès le 19 octobre 1903, dans une affaire Poyet, la Chambre des Requêtes rejetait un pourvoi, sur ce « qu'il n'était pas nécessaire que les juges du fond, en constatant le recel, le qualifient de frauduleux, les seules expressions de recel, de détournement ou de divertissement impliquant la fraude ». — *Gaz. Pal.* 1903.2.434.

A noter que la Chambre des Requêtes semble penser que la Cour d'Appel « constate » simplement le recel, comme un fait ordinaire, alors qu'en réalité le recel est un délit, dont on peut « constater » seulement les éléments constitutifs. Grave erreur de droit qui nous montre, un siècle après le Code Civil, combien ces notions de recel sont encore flottantes.

La Chambre des Requêtes, sentant la difficulté, ajouta un correctif. L'expression recel implique la fraude, dit-elle. Et les juges « sont réputés l'avoir reconnu, dès qu'ils constatent le fait dans les termes de la loi. »

Cela devient proprement du galimatias.

Quel fait s'agit-il de « constater dans les termes de la loi ? » Le fait matériel constituant un élément du recel ? Où sont les « termes de la loi » relatifs à la constatation de ce fait ? Et que devient le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, si leurs constatations mêmes obéissent à des règles légales ?

Rappelons encore ici la tentative d'explication que nous donnions à propos des décisions de cassation de 1886, 1893, 1894, 1898 et remarquons que, cette fois, la Cour d'Appel a frappé : il s'agit donc de maintenir sa décision. Le plus simple est évidemment de rejeter le pourvoi sans même le laisser aller jusqu'à la Chambre Civile.

Celle-ci, en effet, maintenait sa jurisprudence de 1886, mais avec le désir évident de ne casser que les décisions de Cour d'Appel trop indulgentes.

Dans une affaire Schnerb, elle posait en principe que c'est « à la Cour de Cassation de tirer les conséquences juridiques des faits constatés par les juges du fond ». 28 octobre 1907 — Gaz. P. 1907, 2.463.

La dame Schnerb, héritière de son frère, Paul Worms, avait, du vivant même de ce dernier et d'accord avec lui, soustrait des valeurs lui appartenant, pour les ravir aux poursuites des créanciers héréditaires.

Le pouvoi prétendait, à la vérité, que ces actes, antérieurs au décès de Worms, ne constituaient point un recel et que, d'ailleurs, les constatations avaient été faites dans des termes d'une imprécision telle que tout contrôle de la Cour Suprême était impossible.

La Chambre Civile, après avoir posé le principe de sa seule souveraineté en matière de qualification juridique des faits constatés, décidait que, quelle que pût être la valeur des motifs de l'arrêt de la Cour de Paris, son dispositif était justifié par les constatations de fait dont la Cour Suprême tirait telles conséquences que de droit. Et elle rejetait le pourvoi.

La doctrine, dont on peut dire que la jurisprudence de 1874 et de 1886 n'est qu'une application, était enfin formulée, très brièvement, mais avec toute la clarté et toute la fermeté désirables.

Aussi, la Chambre des Requêtes tente de motiver ses arrêts de rejet.

En 1909, voulant justifier la bonne foi de gens accusés d'omissions dans un inventaire, elle revient au vieil argument qui avait tant séduit de Ferrière et Auzanet et elle déclare que, s'il y a eu omission, il n'y a pas eu fraude, soit parce que, de bonne foi, les défendeurs au pourvoi avaient pu se croire propriétaires, soit en raison de la modicité de certains objets non désignés à l'inventaire. Du 5 juillet 1909 — Gaz. Pal. 1909.2.457.

Cependant, on peut dire que dans les années qui précédèrent immédiatement la guerre, la conception inaugurée en 1874 par la Chambre Civile et reprise en 1886 a, d'une manière générale, triomphé.

La Cour complète, dans un arrêt Mossmann-Fossard, la définition jurisprudentielle du divertissement, ne laissant absolument rien du pouvoir souverain des juges du fait. Elle a pris, en somme, la place du législateur défaillant.

Saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Amiens, qui avait écarté les sanctions de l'article 792, par le motif que les donations non révélées à l'inventaire avaient été faites par le de cujus, de son vivant et d'accord avec le cohéritier poursuivi, la Chambre Civile rappelait que « l'article 792 est applicable dans le cas même où la fraude destinée à rompre l'égalité du partage a été l'œuvre du défunt, lorsque l'héritier avantagé tente sciemment de s'assurer le bénéfice du dol commis par son auteur. »

C'était un complément de définition que donnait la Cour Suprême, en y ajoutant la sanction de droit pour le cas où les juges du fond croiraient devoir user de leur pouvoir souverain d'appréciation : 16 juillet 1913 — Gaz. Pal. 1913.2.315.

Mais la guerre passa, les idées changèrent et aussi la composition des Chambres de la Cour Suprême. Et, en 1922, nous assistons à un retour à l'ancienne théorie, celle de 1831 et de 1859 sur le pouvoir souverain des juges du fait en matière de qualification.

Rejetant un pourvoi formé en cassation d'un arrêt de Nancy, la Chambre des Requêtes motivait sa décision par le considérant classique : « ...la loi n'ayant pas déterminé les circonstances du recel ou du divertissement, en a, par là même, abandonné l'appréciation aux juges du fait ». 29 novembre 1922 — Gaz. Pal. 1923.1.273.

Un seul changement, dû peut-être également à l'influence de la guerre : le motif n'a aucun sens. « Circonstances du recel », « appréciation de ces circonstances » par les juges du fait sont des expressions vicieuses. On comprend que la Chambre des Requêtes a voulu parler

des circonstances desquelles on peut induire l'existence du délit de recel.

Dans cet arrêt également, nous voyons reparaître l'affirmation qu'en « déclarant » qu'un fait constitue le recel prévu par l'article 1477, la Cour indique « clairement » le caractère frauduleux de ce fait : elle n'a donc point besoin de constater expressément l'intention frauduleuse de l'agent.

Tout en persistant dans cette jurisprudence qu'elle venait de ressusciter, la Chambre des Requêtes prenait parfois une attitude qui rappelle celle d'avant-guerre.

Ainsi, dans une affaire Krutli-Honorat, non seulement, elle demeurait muette sur la souveraineté des juges du fait en matière de qualification, mais encore, elle contrôlait minutieusement les motifs produits par l'arrêt attaqué, comme si cette souveraineté des juges du fait n'existait point.

Les sieurs Krutli et Honorat, co-légataires universels d'un sieur Bardoux, avaient pris dans sa succession des valeurs qui se trouvaient dans des enveloppes portant la mention : « obligations appartenant à M. Krutli... », « obligations appartenant à M. Honorat... »

Ils n'avaient rien déclaré lors de l'inventaire.

La Cour d'Aix, saisie d'un appel sur une action en recel intentée contre eux par la dame Bardoux, écarta l'application des peines de l'article 792, en raison de la bonne foi des sieurs Krutli et Honorat.

Pourvoi contre cet arrêt.

La Chambre des Requêtes examina longuement les motifs invoqués par la Cour d'Aix pour prouver la bonne foi des sieurs Krutli et Honorat et il est permis de penser que si ces motifs avaient été sans valeur, la Chambre des Requêtes aurait laissé le pourvoi aller jusque devant la Chambre Civile et que celle-ci aurait sans doute cassé l'arrêt d'Aix pour manque de base légale. 18 juin 1923 — Gaz. P. 1923.2.398.

Rappelons-nous que c'est ce qui s'était produit en 1893-1894, dans l'affaire Stourdza-Cortschakow.

Malgré cela, la Chambre des Requêtes se contentait de savoir « que n'apparaissait pas suffisamment l'applicabilité des articles 792 et 1477 », pour rejeter un pourvoi formé en cassation d'un arrêt de la Cour d'Agen, dans une affaire Mestre-Mel, la cour ayant, d'autre part, « souverainement déclaré que l'intention frauduleuse n'était pas établie ». 20 février 1924 — Gaz. Pal. 1924.2.115.

Il s'agissait, on s'en souvient peut-être, d'une personne donnant à ses banques l'ordre de ne fournir aucun renseignement, même à ses cohéritiers, relativement aux comptes joints déposés dans lesdites banques par elle et son défunt père. En fait, la Cour d'Agen semble avoir eu raison et la Chambre des Requêtes avait agi sagement en rejetant le pourvoi. Mais elle aurait peut-être pu trouver, à l'appui, quelques arguments de droit.

En somme, la Chambre des Requêtes demeure bien plus incertaine que la Chambre Civile. Le 24 décembre 1924, dans une affaire Corre, elle mêle visiblement les deux conceptions opposées.

Elle prend pour point de départ la définition du recel qu'a donnée, à maintes reprises, la Chambre Civile. Puis, elle conclut, des constatations de l'arrêt attaqué à l'application des peines du recel. Cela est parfaitement logique et conforme à la jurisprudence des arrêts souvent cités de 1874, 1886, 1892, 1894, 1898. Mais, la Chambre des Requêtes ajoute à ses motifs que, la loi n'ayant pas déterminé les caractères du recel, « la constatation en est absolument abandonnée aux juges du fond ». Constatons, quant à nous, que le galimatias persiste. Les « caractères » du vol — pour parler comme la Cour — sont, eux, bien déterminés par la loi. La « constatation » de leur existence n'en est pas moins « absolument abandonnée aux juges du fond ». Si les juges du fond n'avaient point qualité pour « constater », on peut se demander qui se chargerait de cette besogne. — Gaz. Pal. 1925.1.222.

Mais, la Chambre des Requêtes allait plus loin dans cette voie un peu étrange.

Saisie, dans une affaire Champin, d'un pourvoi formé en cassation d'un arrêt rendu par la Cour d'Orléans, le 1^{er} juillet 1924, elle le rejetait, sur ce « que l'arrêt, ne reposant que sur des appréciations de fait, ne peut tomber sous la censure de la Cour de Cassation ». 19 octobre 1925 — D. Hebd. 1925, 574.

Il n'était pas question, dans cet arrêt, du pouvoir souverain des juges du fait, mais la décision de la Cour en était bien la reconnaissance la plus éclatante qui en eût été faite depuis longtemps. Lorsque la Cour dit « appréciations de fait », il faut évidemment entendre « qualification des faits constatés ». Et la Cour, non contente de proclamer la souveraineté des juges du fond en matière de qualification, leur abandonne cette souveraineté, en refusant de contrôler un arrêt sous prétexte qu'il n'est fondé que sur une question de qualification.

Cette affirmation tranchante de doctrine n'empêchait pas la même

Chambre des Requêtes, neuf jours après avoir rendu l'arrêt Champin, de revenir au système de contrôle étroit que nous considérons, jusqu'à preuve contraire, comme étant toujours celui de la Chambre Civile : 28 octobre 1925 — D. Hebd. 1925, 689.

Nous venons de montrer, par cette analyse un peu longue de notre jurisprudence, combien était complexe cette question du pouvoir des juges du fait en matière de recel.

M. Bartin, dans son Cours de 1922, puis dans celui de 1925, voulant démontrer que notre jurisprudence avait abandonné la conception pénale qu'il dit avoir été celle de notre ancien droit, produit, parmi différents arguments, celui-ci : que les juges du fait ont un pouvoir souverain sur la qualification des éléments constitutifs du délit. Et il cite, à l'appui, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 février 1895, qui reconnaît ce pouvoir.

Le lecteur, qui a assisté à notre dépouillement de jurisprudence portant sur près d'un siècle (1831-1925) se fera peut-être une opinion : c'en est déjà une de dire que l'on n'en a point. Et M. Bartin semble moins tranchant dans son édition du Cours d'Aubry et Rau : t. IX, n° 56, texte et note 56 bis, § 613.

A lire certains arrêts, ce pouvoir souverain des juges du fait paraît incontestable. A examiner certaines cassations, c'est le contraire qui paraît, à aussi juste titre, indubitable. Peut-être, des considérations non purement juridiques influent-elles parfois sur les délibérations des éminents magistrats qui composent notre Cour de Cassation. Dans tous les cas, on ne peut pas ne pas signaler que, depuis que la Chambre Civile a cru pouvoir donner une véritable définition du recel, la théorie du pouvoir souverain des juges du fait, issue de la constatation de la carence législative, semble devoir être abandonnée quelque jour, car il y a visiblement un manque total d'harmonie entre la conception nouvelle de la Chambre Civile et celle de la Chambre des Requêtes.

CHAPITRE DEUXIEME

LA PERSONNE PUNISSABLE

L'Ancien Droit avait connu d'assez nombreuses controverses, surtout en ce qui concerne l'héritier, mais elles étaient dûes au conflit interne entre les conceptions romaines et les conceptions héritées du monde barbare, coutumières, pour les appeler de leur nom de baptême. Le sang germain avait sans doute en lui des trésors de vitalité, car, sur tous les terrains, il triompha des idées romaines. Dans la matière du recel, il en fut de même. D'ailleurs, Rome peut invoquer ici des circonstances atténuantes : le recel est devenu une institution pratique particulièrement dans le régime de la communauté; et la communauté n'était pas romaine. Mais, même dans les questions successorales, où le Droit Romain avait d'immenses avantages techniques, les notions coutumières furent victorieuses.

Le Code Civil fut à peu près muet dans cette matière et les solutions que nous appliquons aujourd'hui sont celles qu'a consacrées une jurisprudence vieille de cent vingt-cinq ans.

La Femme . . Le Mari

C'est évidemment à la femme que l'on songe tout d'abord lorsque l'on parle de recel. Le Code a fait de même, qui ne parle que de la « veuve » dans l'article 1460, alors que son article 1477 est consacré à « celui des époux ».

Fidèle aux règles de stricte interprétation qui furent celles de la jurisprudence du début du 19^e siècle, la Cour de Toulouse, le 23 août 1827 — S. Chron., à sa date — jugeait que la déchéance prévue à l'article 1460 ne pouvait s'appliquer qu'à la veuve commune en biens et non à la femme séparée. Mais, soucieuse de justifier sa solution par des raisons qui ne fussent pas de simples arguments de texte, la Cour motivait son arrêt sur ce que l'article 1460 ne pouvait viser une femme

qui, comme la femme séparée, est « placée sous la puissance de son mari » et « n'est censée avoir agi que par ses ordres et pour son compte ».

C'est encore cette solution étroite qui triomphait à Besançon, le 4 mars 1846 — Rec. P. de Velna, éd. 1874, V^o Contr. de M., n^o 78.

Récemment encore, le Tribunal de Nice refusait d'étendre les termes de l'article 1460 à la femme séparée de corps, ou de biens ou divorcée : 19 novembre 1923 — Gaz. Trib., 4 mai 1924.

Mais, si la femme, quelle que puisse être d'ailleurs sa situation juridique, a commis un divertissement pour le profit d'une autre personne, la jurisprudence n'hésite pas à frapper.

Que la femme ait, ou non, profité personnellement du recel qu'elle commet, cela importe peu : à l'inverse de ce qui se passait dans notre ancien droit, notre jurisprudence n'en tient nul compte. C'est ce qui ressort d'un arrêt rendu par la Cour de Paris dans une affaire Desclercs, le 6 juin 1894 — Gaz. Pal. 1894.1.778.

Desclercs était débiteur d'environ 200.000 francs envers la communauté Legrand. Lors de la dissolution de cette communauté, cette dette fut dissimulée par suite d'un concert frauduleux entre la dame Desclercs et la veuve Legrand, « pour en faire bénéficier exclusivement la dame Desclercs. »

Le Tribunal de la Seine jugea « qu'il importe peu que la veuve Legrand n'ait pas personnellement profité de ce recel et se soit même privée de la part de la susdite créance qui devait lui revenir comme commune en biens... ; qu'ayant participé à la dissimulation pour déposer la mineure Bachelet de la part qui lui revenait, elle a encouru, aussi bien que les époux Desclercs, la déchéance... » 23 juillet 1892.

Sur appel, la Cour de Paris rendait un arrêt confirmatif : 3 juin 1893.

Et la Chambre des Requêtes rejetait le pourvoi, 6 juin 1894, par le motif que « toute fraude commise pour soustraire... constitue un recélé... quels que soient les moyens employés et les co-partageants qui doivent en bénéficier. »

La même sanction était encore appliquée dans un cas beaucoup plus favorable. Dans l'espèce, la veuve n'avait commis son détournement que pour prévenir des dilapidations de la part de sa fille, héritière du défunt, et pour sauvegarder ainsi les intérêts de la petite-fille. Tribunal de la Seine, 19 mai 1909 — Gaz. Trib., 23 octobre 1909.

Si c'est le mari qui a commis le recel pour en faire bénéficier une

autre personne, il est punissable, au même titre que la femme : Rouen, 4 avril 1912 — Rec. Caen et Rouen, part. Rouen, p. 144.

Il importe peu, dit la Chambre des Requêtes « que la fraude ait été commise pour son profit personnel ou pour le profit d'un tiers qu'il voulait avantager ». 19 octobre 1915 — Gaz. Pal. 1915, 428.

Le mineur

Notre ancienne jurisprudence, à partir des consultations de Cujas, considérait le mineur comme passible des peines du recélé. Ces précédents si nets n'eurent pas une influence prépondérante sur la jurisprudence qui s'est formée sur le Code de 1804

L'interprétation stricte des textes du Code Civil et la méthode, en honneur aux premiers temps de la codification, qui consistait à éclairer les dispositions d'un article par référence à un autre article imposaient, à dire vrai, une solution contraire à celle qui avait cours dans notre Ancien Droit.

L'une des peines du recel était la déchéance du bénéfice d'inventaire. Comment appliquer cette déchéance au mineur, qui ne peut jamais être héritier que sous bénéfice d'inventaire ?

Aussi, dès les premières années de la codification, il était visible que les Cours d'Appel refuseraient de frapper de cette déchéance le mineur coupable de divertissement.

La Cour de Bruxelles jugeait, le 9 décembre 1813 — S. Chron. — que, le mineur ne pouvant jamais être héritier que sous bénéfice d'inventaire, il ne pouvait être déchu, pour cause de recel, ni de ce bénéfice, ni de la faculté de renoncer.

Cependant, en ce qui concerne la privation de part, on était moins absolu. Le 26 mai 1824, la Cour de Besançon jugeait que « la fille mineure doit, de même que la majeure, être privée de la part qui devait lui revenir dans les objets mobiliers qu'elle a soustraits et qui provenaient de la succession, lorsqu'il est établi qu'elle a agi avec discernement et avec mauvaise foi. » Rec. P. de Velna, éd. 1874 — V^o Succ., n^o 25.

En matière d'acceptation forcée, la jurisprudence demeurait fidèle au principe.

La Cour de Limoges, dans un arrêt du 30 juillet 1827, rendu dans une affaire Ladégaillerie-Tamain, posait en principe qu'en « déclarant que le mineur serait toujours réputé héritier sous bénéfice d'inventaire,

la loi s'est opposée à ce qu'aucune de ses actions puisse changer sa qualité et lui imprimer celle d'héritier pur et simple ». — S. 1828.2.3.

« La seule peine qu'il encourt, ajoute la Cour, est, quant aux effets civils, de se trouver, comme héritier bénéficiaire, obligé de rendre compte des objets de la succession. »

En ce qui touche la privation de part, les Cours d'Appel suivaient la jurisprudence inaugurée à Besançon, en 1824. Dès l'instant qu'il y avait discernement et mauvaise foi, la privation de part était prononcée : Bordeaux, 2 décembre 1840 — S. 1841.2.215.

Pendant toute la première moitié du 19^e siècle, il semble que l'on fut d'accord sur ce double principe : le mineur conserve toujours et quand même son bénéfice d'inventaire; il perd sa part dans les effets par lui recelés.

Lorsque la jurisprudence accentua ses tendances répressives, des tribunaux voulurent prononcer la déchéance du bénéfice d'inventaire même en cas de minorité du coupable.

C'est ce que jugeait le Tribunal de Montmédy, dans une affaire Rossignon : 14 juin 1883.

Mais la Cour de Nancy infirma, le 1^{er} février 1884, et le pourvoi formé en cassation de cet arrêt fut rejeté par la Chambre des Requêtes, le 27 mars 1888 — S. 1888.1.366 — « Attendu, disait l'arrêt, que la succession échue au mineur ne pouvant être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, celui-ci, tant qu'il est mineur, ne peut encourir aucune déchéance en ce qui concerne ce bénéfice... »

Quelques années plus tard, une opinion différente s'affirma.

Le Tribunal de Boulogne décidait « que la minorité n'est pas, par elle-même, un obstacle à l'application de la pénalité de 792. »

Or, il est inutile de rappeler que « la pénalité de l'article 792 » est double : privation de part et acceptation pure et simple, impliquant déchéance du bénéfice d'inventaire.

Dans l'espèce, pour des raisons de fait, parmi lesquelles le jeune âge du coupable avait son importance, le tribunal jugeait qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la pénalité du recélé : 8 juin 1893.

La Cour de Douai confirmait le jugement, par arrêt du 22 février 1894 — Rec. Jurisprudence, Douai, 1894, 268.

Elle considérait simplement « que les premiers juges ont, à bon droit, refusé d'appliquer la déchéance édictée par l'article 792 à Hector F., à raison de son état de minorité. »

La Cour entendait-elle, comme celles de Bruxelles et Limoges, jadis, que l'état de minorité s'oppose d'une manière générale et absolue, à l'application des peines de l'article 792 ? Voulait-elle dire simplement qu'en raison des circonstances de fait le Tribunal avait eu raison de ne point frapper, surtout compte tenu du jeune âge du coupable ?

Pour le savoir, il nous faut revenir aux motifs des premiers juges. Ils sont à peine plus développés que ceux de l'arrêt confirmatif.

Le Tribunal de Boulogne admet bien que la minorité, à elle seule, ne suffirait pas pour faire écarter les dispositions répressives de l'article 792. Mais, comme « il appartient aux tribunaux de rechercher si les faits reprochés au mineur (et au majeur) ont été commis avec l'intention de spolier la succession », le tribunal applique à cette recherche d'intention — qui aurait lieu tout aussi bien s'il s'agissait d'un majeur — le tribunal applique à cette recherche, disons-nous, un esprit indulgent. Il dit, en propres termes « qu'il convient, dans l'appréciation de sa conduite, de tenir compte de son extrême jeunesse et d'interpréter le plus favorablement ses actes... »

La minorité n'est donc considérée par le tribunal de Boulogne et par la Cour de Douai que comme une circonstance de fait, circonstance très favorable au mineur, mais rien de plus.

C'est l'abandon de la jurisprudence de 1813 et de 1827.

L'idée nouvelle s'affirmait encore dans un arrêt de la Cour de Lyon, du 20 décembre 1907 — S. 1908.2.173.

En principe, dit la Cour, reprenant les dispositions de l'article 1310, le mineur n'est pas restituable contre les obligations qui naissent de son délit. Mais, la question se posera encore de savoir s'il a agi avec discernement.

Cette condition posée par les arrêts de Besançon et de Bordeaux que nous avons rapportés, devient ici un simple biais, à l'aide duquel la jurisprudence moderne tourne le principe du Code Civil suivant lequel le mineur ne peut être héritier que sous bénéfice d'inventaire. Les nécessités de la répression, là comme ailleurs, ont vaincu le dogme.

Le Complice

Dans le premier chapitre de la présente partie de nos développements, troisième section, paragraphe C, nous avons eu l'occasion de signaler un arrêt rendu par la Cour de Bruxelles, le 22 avril 1817,

aux termes duquel une veuve fut punie des peines de l'article 1477, non point parce qu'elle avait diverti des effets de la communauté, mais simplement parce qu'elle avait « souffert qu'ils en fussent divertis », sans en faire mention à l'inventaire. — D. V^o Contr.; de M., n^o 2203.

Certes, le mot de complice n'était pas prononcé.

De plus, une phrase des motifs semble indiquer que la Cour a vu dans la femme plus un co-auteur qu'un complice. L'arrêt précise en effet que la réticence dont la femme s'est rendue coupable « suffit pour caractériser le recélé ». C'est donc que la femme a, par son silence, commis un véritable recélé.

L'arrêt de 1817 pose la question, mais ne permet pas de la résoudre avec certitude.

En revanche, la notion de complicité est nettement mise en relief par la Cour de Paris, dans une affaire Gémond.

Il s'agissait de la vente frauduleuse par un mari de deux actions du « Constitutionnel », formant presque toute la communauté, dans l'intention de frustrer celle-ci, lors de la dissolution. La cour de Paris considéra que le beau-fils de l'époux coupable avait « participé sciemment à la simulation de Gémond et qu'ayant ainsi contribué à spolier la communauté, il doit subir l'application de l'article 792... ». 14 janvier 1831 — S. 1831.2.210.

L'arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes évitait de se prononcer sur le principe de la punition des complices : 5 avril 1832 — S. 1832.1.528.

Mais cette question avait été résolue par notre ancien droit et aucune opinion divergente ne s'était manifestée depuis la promulgation du Code Civil.

Aussi, nos tribunaux considérèrent que la punition des complices en matière de recel était une chose admise.

Le 7 juillet 1863, dans une affaire Pitoisët, le Tribunal de Chaumont déclarait qu'il « est de principe que les auteurs ou complices de faits constituant un quasi-délit doivent être condamnés solidairement à réparer le dommage qu'ils ont causé. »

Cette idée de réparation n'est pas très courante en matière de recel, quoiqu'on la trouve dans certains arrêts. Du reste, la Cour de Dijon adoptait tous les motifs du jugement de Chaumont : 9 janvier 1864.

La Chambre des Requêtes, saisie du pourvoi formé en cassation de l'arrêt de Dijon, distinguait très clairement le complice de l'auteur. Elle jugeait que « la veuve de Louis Pitoiset avait participé comme complice aux détournements et aux dissimulations commis par son beau-père ». 24 avril 1865 — S. 1865.1.220.

Et la Cour rappelait le principe : « Il est certain, en droit, qu'en matière de spoliation de succession ou de communauté, les tiers qui ont participé frauduleusement, comme complices, aux actes de recel ou de divertissement, sont solidairement responsables du dommage auquel ils ont concouru. »

Notons, en passant, ce mélange des notions, pénale de complicité et civile de réparation de dommage. Nous y reviendrons.

L'arrêt des Requêtes de 1865 fixait, s'il en était besoin, la jurisprudence.

Sans que le mot soit prononcé, c'est la complicité qui est punie dans deux arrêts de la Cour de Paris, des 19 juillet 1872 et 17 mars 1886 — S. 1873.2.224 — Gaz. Pal. 1886.2.102.

Le mot figure, d'ailleurs, dans un autre arrêt de la Cour de Paris, rendu dans une des affaires Stourdza, l'affaire Stourdza-Brancovan, 20 janvier 1893. « Le fait des détournements n'étant pas admis contre l'auteur principal, dit la Cour, ne saurait être admis contre les complices ». Pourvoi rejeté : 20 novembre 1895 — S. 96.1.237.

La Cour de Douai se dressa brusquement contre toute la jurisprudence. Nous avons déjà constaté que les magistrats de la métropole du Nord avaient sur le recel des idées bien à eux. Dans une affaire Pille, où il était question d'une donation faite à un héritier et non déclarée par lui, les cohéritiers avaient demandé l'application des peines du recélé, tant contre lui que contre sa mère, considérée comme complice du divertissement.

La Cour jugea « que la pénalité de l'article 792 ne s'applique qu'aux héritiers ou aux légataires universels et nullement aux autres personnes qui peuvent s'être rendues complices d'un successible ». Contre les complices, la Cour ne donnait qu'une action, celle fondée sur l'article 1382 : 8 juillet 1897 — Rec. Douai, 1897, 242.

On peut considérer cet arrêt comme une dissidence.

La jurisprudence, dans son ensemble, est demeurée fidèle à la théorie traditionnelle sur la répression de la complicité en matière de recel : Limoges, 17 juin 1910 — Gaz. Trib., 25 septembre 1910.

La Cour de Rouen, dans une espèce assez semblable à celle qui avait été jugée à Bruxelles aux jours lointains de 1817, ne considérait plus le silence comme un recel, mais comme un fait « assimilé aux divertissement et recélé ». 17 janvier 1912 — Rec. Caen et Rouen, part. Rouen, 1912, 71.

L'héritier du coupable

Cette question avait été également discutée dans notre ancien droit, mais, en matière de recel, nous savons que la tradition n'est pas toujours victorieuse des tendances nouvelles, d'autant plus que, sur bien des points, cette tradition était singulièrement flottante.

A notre connaissance, cette question ne se pose, sous l'empire du Code Civil, qu'en 1839.

Elle était d'ailleurs compliquée d'un élément étranger. La nièce du coupable décédé, qui était en même temps sa légataire, avait restitué les valeurs diverties avant que les héritiers eussent agi. Et c'est uniquement en se fondant sur cette restitution spontanée que la Cour de Paris avait refusé d'appliquer les pénalités de l'article 792 : 5 août 1839 — S. 1840.2.49.

On peut donc penser que, faute d'avoir restitué spontanément les effets divertis par son auteur, l'héritière aurait été frappée des sanctions de l'article 792.

Plus tard, en effet, la Chambre des Requêtes décidait que l'action de l'article 1477, action civile en réparation, peut être poursuivie contre l'héritier du coupable qui ne recueille sa succession que grevée des obligations dont son fait est l'origine. L'action de l'article 1477 est-elle une simple action civile en réparation, ce n'est point la question. Mais, constatons que l'héritier du coupable doit réparer le dommage résultant du recel de son auteur. 4 décembre 1844 et 3 mai 1848 — S. 1845.1.191 — S. 1849.1.363.

En considérant l'héritier comme tenu de réparer le dommage causé par le délit commis par son auteur, la jurisprudence se mit d'accord. Cet accord aurait peut-être été plus difficile à réaliser s'il avait fallu considérer l'héritier comme tenu d'une action pénale, ou même semi-pénale. Besançon, 19 janvier 1849 — Rec. P. de Velna, V° Contr. de M., n° 81.

La Chambre Civile vint enfin consacrer cette solution, dans une affaire Gouget.

Les époux Gouget, en instance de séparation de corps, prétendaient à la liquidation de leur communauté. Mais, la femme contesta la sincérité des chiffres fournis au notaire par le mari et prétendit qu'il avait commis des recelés. Peu après, la réconciliation intervint, mais sans que la communauté eût été liquidée. Dix ans après cette réconciliation, M. Gouget mourait, laissant pour légataire universel un de ses amis, M. Chiray.

Madame Gouget revint alors sur la question des recelés commis lors de la dissolution et elle obtint contre l'ayant-cause du mari coupable l'application des pénalités de l'article 1477 : Tribunal de la Seine, 23 avril 1891.

Le jugement fut confirmé en appel : 6 décembre 1892.

Le sieur Chiray forma alors un pourvoi en cassation de l'arrêt de la Cour de Paris.

Il prétendait que Gouget, mort avant la liquidation de la communauté, n'avait pu consommer le délit de recel et que lui, Chiray, ne pouvait, dans tous les cas, en être rendu responsable.

La Chambre des Requêtes laissa passer le pourvoi.

Mais la Chambre Civile le rejeta, sans qu'une hésitation se trahisse dans ses motifs. L'action intentée par la veuve Gouget était non point pénale, mais civile, dit la Cour. Elle avait pour but la « réparation du préjudice causé par le détournement... » ; comme telle, elle devait avoir effet « contre l'héritier ou le légataire de l'époux coupable comme contre l'époux lui-même ». Du 11 novembre 1895 — S. 1896.1.282.

Si l'action passe contre l'héritier du coupable, c'est seulement en tant qu'action civile en réparation.

La jurisprudence semble s'être fixée en ce sens : Angers, 28 juillet 1908 et, sur pourvoi, Chambre Civile, 8 juillet 1912. — Gaz. Pal. 1912.2.329.

Légataire particulier

L'article 792 ne fait mention que des « héritiers ». Mais un héritier peut être, en même temps, légataire. Le texte pourra-t-il s'appliquer dans ce cas ?

La jurisprudence fut d'abord hostile à ce qu'elle considérait comme une extension d'un texte pénal.

Le 30 novembre 1830, la Cour de Poitiers refusait d'appliquer l'article 792 à un légataire particulier, quoiqu'il eût, en même temps, la qualité d'héritier. Son motif était tiré de la place occupée par l'article 792. Ce texte, disait-elle, traite de la faculté de renoncer. Or, cette faculté n'appartient qu'aux héritiers du sang. Et, comme les dispositions pénales doivent recevoir une application étroite, on ne peut étendre celles de l'article 792 au cas du légataire particulier. — S. 1832.2.580.

Mais la Cour de Bordeaux déclara bientôt « qu'il y avait trop de subtilité dans cette distinction » et elle appliqua les sanctions de l'article 792 à un légataire qui était en même temps héritier : 16 juin 1840 — S. 1840.2.502.

Et que dire si les qualités d'héritier et de légataire ne sont pas réunies sur la même tête ?

En pareil cas, les dispositions de l'article 792 ne devaient pas recevoir application.

C'est ce que décidait la Cour d'Angers, confirmant un jugement du siège : 4 février 1869 — S. 1869.2.289.

Cette solution était reprise, le 22 mars 1898, par le Tribunal de Versailles. — « La Loi » du 26 mars 1898.

Mais la solution donnée à Bordeaux en 1840, pour le cas où l'héritier était en même temps légataire, triomphait à la Cour de Pau, le 7 janvier 1872. — S. 1873.2.118.

Et la jurisprudence se fixait en ce sens que les peines du recélé frapperaient les « héritiers ou légataires universels ou à titre universel », à l'exclusion du légataire particulier : Requêtes, 22 novembre 1910 — S. 1911.1.168. — Toulouse, 29 décembre 1910. — S. 1911.2.173.

Le Donataire

La question se posa pour lui à peu près à la même époque que pour le légataire.

Dans une affaire Vazin, la Cour de Paris, confirmant un jugement de Joigny, considérait que l'article 1477 punissait aussi bien la femme donataire que la femme simplement commune.

La raison, c'est qu'il en était ainsi dans notre ancien droit et aussi que le Code n'avait point entendu distinguer entre la femme commune et la femme donataire. Du 25 juin 1828. — S. 1828.2.193.

La Chambre Civile confirmait peu après cette manière de voir.

Dans une affaire Estanave-de Laprada, elle jugea que l'article 792 était applicable à une veuve dont le contrat de mariage, passé en prairial an 8, et portant adoption du régime de communauté tel qu'il était réglé par l'ancienne Coutume de Paris, stipulait donation réciproque des biens dont chaque époux disposerait lors de son décès. Du 12 août 1828. — S. Chron.

La question pouvait être considérée comme tranchée.

Cependant, dans une affaire Pinon, on vit des plaideurs aller jusque devant la Chambre des Requêtes. Il s'agissait de savoir si les peines du recélé sont applicables au donataire contractuel. Le Tribunal jugea affirmativement, 22 décembre 1830. La Cour de Paris confirma : 30 juin 1832.

Pourvoi. A l'appui, on faisait valoir le silence de l'article 1477 sur le cas du donataire, silence qui avait fourni à la Cour de Paris, en 1828, un argument en sens contraire.

La Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi, sans donner de bien bon motifs. Elle se bornait à répondre que la donataire contractuelle « devait être, à ce titre, considérée comme héritière ». Simple affirmation. 16 janvier 1834 — S. 1834.1.120.

La Cour de Riom admit la punition du donataire contractuel. « La disposition de l'article 1477, dit-elle, est conçue en termes généraux et embrasse conséquemment tous les droits que l'époux spoliateur pouvait avoir à exercer sur ces mêmes objets. » Donc la privation de part « s'applique, non seulement à la part que l'époux pouvait réclamer sur ces objets en qualité de commun en biens, mais encore aux droits qu'il tient d'une donation à lui faite par son conjoint ». Du 6 août 1840, confirmant un jugement de Thiers, du 5 décembre 1839. — S. 1840.2.387.

Si, en 1892, la Cour de Montpellier refusait d'appliquer les peines de l'article 792 dans une espèce où il s'agissait d'une donation d'usufruit, c'est qu'elle considérait cette donation comme un don particulier. Mais l'arrêt fut cassé, le 19 juin 1895, sur ce que « le légataire d'un usufruit portant sur l'universalité des biens d'une succession est un légataire à titre universel; que, par suite, il tombe sous l'application de l'article 792 ». L'affaire fut renvoyée devant la Cour de Toulouse. Celle-ci se conforma à la jurisprudence établie et appliqua les sanctions de l'article 792. « Attendu, disait-elle, que, si le légata-

taire ou le donataire de l'usufruit de l'universalité des biens composant une succession se trouve investi d'un droit d'une nature spéciale et n'est pas, à proprement parler, le continuateur de la personne du défunt, il ne saurait être non plus considéré comme un légataire à titre particulier. Attendu que les motifs de prévoyance et de sauvegarde qui ont inspiré au législateur la pensée d'édicter une pénalité contre les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession s'appliquent plus particulièrement à la femme légataire d'un usufruit universel, en raison de sa situation dans la maison et de la disposition qui lui est laissée, par la force des choses, des objets et des valeurs qui s'y trouvent... » : 17 décembre 1897. — Gaz. Pal. 1895.2.63 et 1898.1.119.

On voit que la Cour de Toulouse manque d'enthousiasme.

En matière de don particulier, on jugeait comme dans le cas du légataire qui n'est pas en même temps héritier : non application des sanctions de l'article 792 : Paris, 17 avril 1894 — Gaz. Pal. 1894.2.25.

LA SANCTION

CHAPITRE PREMIER

DES FINS DE NON-RECEVOIR OPPOSEES A L'ACTION EN RECEL

A. — *Refus du droit de faire la preuve*

Dans les premières années de la codification, une Cour d'Appel prétendit empêcher une des parties de prouver les faits constituant le recel commis par l'autre.

Une dame Bied avait contracté mariage en l'an 6 et avait apporté des effets qui étaient mentionnés dans une déclaration écrite datée du 19 floréal.

Le mariage fut rompu par le divorce. Après qu'il eût été prononcé, la dame Bied emporta un certain nombre de ses effets. Le sieur Coche, demandeur aux fins d'application de l'article 1477, voulut prouver ces faits devant le tribunal de Grenoble.

Il se vit refuser le droit de faire cette preuve.

Sur appel, la Cour de Grenoble refusait également à Coche la possibilité de faire cette preuve, parce que ce serait, disait-elle, prouver « outre et contre le contenu » à l'acte du 19 floréal an 6. Du 1^{er} juin 1810 — S. Chron.

Cet arrêt ne fit point jurisprudence.

B. — *Preuve insuffisante*

Pour qu'un tribunal considère qu'il y a délit de recel, il faut qu'on prouve devant lui l'existence de certains faits.

Mais quels faits ? La loi n'a pas dit en quoi consiste le recel ; elle a donc laissé entière la question de la preuve à faire.

Et, dans la première partie du 19^e siècle, les tribunaux se montrèrent assez difficiles sur les faits à admettre comme preuve.

Dans une affaire Jennet, jugée en 1827, nous voyons la Cour de Caen refuser de considérer comme preuve des faits que les tribunaux d'aujourd'hui admettraient comme suffisants.

Le sieur Jennet demeurait avec sa mère infirme. Il faisait toutes ses affaires. Lors du décès de celle-ci, il se prétendit libéré d'une dette de 2.500 francs qu'il avait envers elle et, présentant le titre de créance, il invoqua les dispositions de l'article 1282.

Il n'était pas difficile de lui répondre — et on lui répondit, en effet, — que la production de ce titre ne prouvait rien. Il avait pu le dérober à l'insu de sa mère malade.

Le Tribunal jugea ainsi et alla jusqu'à considérer qu'il y avait recel pour les 2.500 francs.

Sur ce dernier point, la Cour de Caen infirma, considérant qu'il n'y avait pas preuve suffisante : 6 novembre 1827 — S. Chr.

Elle déclarait : « ...L'article 792, en tant qu'il porte une disposition pénale, ne peut être appliqué que lorsque le fait qu'il a pour objet de punir est prouvé d'une manière démonstrative. »

Mais en quoi réside la « manière démonstrative » de prouver, la Cour de Caen s'abstient de l'indiquer.

Cette exigence particulière des tribunaux relativement à la preuve se lie étroitement à la conception qu'ils ont du délit en lui-même. Il est clair qu'à une notion matérielle, comme l'est celle du recel au début du 19^e siècle, correspondra une exigence de preuve tout particulièrement rigoureuse.

Cette liaison se marque nettement dans un arrêt de la Cour de Lyon, rendu dans une affaire Liénard, le 28 décembre 1838. — D. 1839. 2.257.

A la mort de la dame Liénard, une demande en partage de la communauté est formée par son mari et une demande en partage de la succession par une dame Randon. Celle-ci prétendait retenir des valeurs qu'elle disait lui avoir été remises à titre de don manuel par la de cujus. Mais elle ne peut prouver le don manuel qu'elle invoque. A son tour, le sieur Liénard se tourne vers la dame Randon et demande contre elle l'application des dispositions de l'article 792.

Sa demande fut écartée, d'abord pour des motifs tirés du fond et de la définition du fait incriminé. Mais il y avait également des motifs de preuve. Le sieur Liénard, aux yeux de la Cour, « n'avait pas suffisamment établi » que les objets que la dame Randon prétendait retenir à titre de don manuel eussent été « dérobés » par elle.

Le rapport étroit que nous trouvons dans la première partie du 19^e siècle entre l'exigence des tribunaux quant à la preuve et la notion presque matérielle du fait incriminé, disparaît peu à peu. La conception du recel s'élargit sous l'influence de la Cour de Cassation.

Cependant, la jurisprudence demeure très exigeante sur la preuve à faire.

Dans une affaire Omont-Legrand, la Cour de Rouen préfère se rallier à l'hypothèse d'une donation manuelle plutôt que d'admettre qu'il y a eu recel. Et pourquoi? Parce que « l'ensemble des circonstances de la cause démontrait que la femme Omont n'avait pas intérêt à recourir à un acte aussi inutile que compromettant ».

Voyons les faits. Une créance a été remboursée à la communauté Omont. Sur cette créance, la veuve détient 30.000 francs. Cela est certain pour la Cour, car Omont, retenu chez lui par la maladie, « constamment surveillé par sa femme toujours présente lorsqu'il s'agissait d'affaire d'intérêt », n'avait pu faire emploi de l'argent reçu. Mai, ajoute l'arrêt, « le raisonnement tiré de cette situation ne conduit pas à la preuve nécessaire d'un détournement », car la femme n'avait pas intérêt à recourir à un procédé inutile et dangereux. Belle raison, en vérité. Et la Cour de Rouen tente de faire admettre que le mari, qui ne savait rien refuser à sa femme, a fort bien pu lui consentir une donation de cette somme : 26 février 1877 — S. 1877.2.120. — Evidemment. Il aurait pu aussi lui donner toute la communauté. Le don manuel n'est point prouvé « d'une manière démonstrative », mais ce que voulait la Cour de Rouen, c'était faire admettre la possibilité qu'il n'y eût pas eu de recel. La donation était admissible, en effet. La Cour n'en demandait pas plus : cela lui permettait d'écarter le recel.

Mais l'exigence de la Cour de Rouen en matière de preuve était inconciliable avec l'extension de la notion du fait incriminé. Tôt ou tard, le divorce devait se marquer.

Aussi, dans une affaire Mennesson, la Cour de Bordeaux jugeait que la preuve serait suffisante dès lors que le demandeur apporterait

des témoignages assez précis ou même des présomptions « graves, précises et concordantes ». 14 juin 1887. — Gaz. Pal. 1887.2.509.

La Cour de Bordeaux maintenait cette jurisprudence dans un arrêt rendu le 8 mars 1888. — Rec. Bordeaux, 1888, 207.

La Chambre civile allait enfin se prononcer.

La Cour d'Angers, confirmant un jugement du Tribunal de Laval, avait considéré comme preuve suffisante d'un divertissement une lettre qui, d'ailleurs non signée, était susceptible de recevoir plusieurs interprétations. Dans son arrêt du 9 juillet 1901 — S. 1905.1.183 — la Cour de Cassation, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt d'Angers, déclara que les juges du fait pouvaient admettre « tout mode de preuve pour établir l'existence du dol allégué ».

Et la Chambre des Requêtes précisait, le 23 novembre 1924 — Gaz. Pal. 1925.1.221 — que « tous les modes de preuve reconnus par la loi sont admissibles, notamment la preuve par présomptions ».

Cette rapide esquisse de l'évolution de la jurisprudence sur la preuve montre bien la connexion étroite qui existe entre la preuve et le fait à prouver. Sur ce terrain, il apparaît que la jurisprudence de la première partie du 19^e siècle a du recel une notion toute pénale, qui, par la suite, fait place à la conception civile, l'action devenant une simple demande en réparation de préjudice. « Il apparaît », disons-nous. En effet, les choses sont beaucoup moins simples qu'il n'apparaît, notamment quant à la détermination du fait en lui-même et au pouvoir reconnu aux juges du fait sur la qualification des éléments du délit. Nous reviendrons sur tous ces points.

C. — *Prescription*

La jurisprudence semble, depuis la promulgation du Code Civil, n'avoir jamais subi l'influence des idées pénales qui avaient cours au début du 19^e siècle.

Dès 1843, la Cour de Paris décidait que l'action n'est point prescrite par trois ans; qu'elle dérive, en effet, non d'un délit « mais d'un quasi-délit, dont la réparation peut être demandée tant que dure l'action civile, c'est-à-dire pendant trente ans ». Du 24 juin 1843. — S. 1843.2.332. — On le voit : dix ans avant que fussent rendus les célèbres arrêts de la Cour Suprême consacrant la conception pénale du recel, la Cour de Paris ne craignait pas d'affirmer que l'action en recel était essentiellement une action civile en réparation. La question

du partage dans le temps des deux conceptions — déjà fort difficile à résoudre dans l'ancien droit — semble devoir être insoluble sous l'empire de la jurisprudence moderne.

L'arrêt de la Cour de Paris fut frappé de pourvoi.

La Chambre des Requêtes, considérant qu'il s'agissait bien d'une pure action civile en réparation, rejeta le pourvoi : 4 décembre 1844. — S. 1845.1.191.

En 1867, dans une affaire Groullié que nous avons déjà étudiée, la Chambre Civile rejetait un pourvoi formé en cassation d'un arrêt de Bordeaux, considérant, entre autres arguments, que le recel présente seulement les caractères « d'un quasi-délit ou d'une fraude ne donnant ouverture qu'à une action civile en réparation, par application des principes du droit civil », action qui ne se prescrit que par trente ans. Du 17 avril 1867. — S. 1867.1.205.

Sur cette question, la jurisprudence, fait à noter dans notre matière, n'a jamais varié et est demeurée fidèle à la conception purement civile.

D. — *Restitution spontanée des objets divertis*

Nous savons les discussions auxquelles cette fin de non-recevoir dona lieu dans notre ancienne jurisprudence. Mais, d'une façon générale, on peut considérer que notre Ancien Droit admit que la restitution spontanée des objets recelés constituait une fin de non-recevoir à l'action en recel.

Ce qui, bien évidemment, est l'opposé de la solution conforme à la conception pénale que l'on dit cependant avoir été celle de l'ancien droit.

Sous l'empire du Code Civil, la jurisprudence sembla hésiter, d'abord.

Dans l'affaire des actions du « Constitutionnel », affaire Gémond, l'auteur du recel offrait de rapporter les sommes diverties, capital et intérêts. La restitution n'était point spontanée. Mais ce n'est pas ce motif qui fit appliquer les peines de l'article 1477 et l'on peut induire des considérants que, même si la restitution avait été spontanée, le recéleur aurait été quand même frappé. « Les offres faites par Gémond, dit en effet la Chambre des Requêtes, n'ont pas pu détruire le fait constaté du détournement, ni empêcher les conséquences de ce fait ». Même spontanées, de telles offres n'auraient pu détruire le fait du détournement et il semble que, dans ce cas également, la Cour

aurait fait application des dispositions de l'article 1477 : 10 décembre 1835. — S. 1836.1.327.

Cependant, les Cours d'Appel se ralliaient à la jurisprudence qui avait triomphé dans notre ancien droit.

Le 5 août 1839, la Cour de Paris jugeait « que la peine du recélé n'est point applicable au conjoint qui a, de lui-même, rétabli les valeurs omises antérieurement à toute déclaration. ». — S. 1840.2.49.

La Chambre des Requêtes, à son tour, adoptait, au moins dans ses motifs, la doctrine de l'efficacité de la restitution spontanée. « D'après une jurisprudence constante, dit un arrêt du 3 mai 1848 — S. 1849.1.363 — le recéleur peut éviter la peine du recel en rapportant les choses diverties, avant toute poursuite ».

Même doctrine dans un arrêt de la Cour d'Agen, rendu le 6 janvier 1851 — S. 1851.2.680. — « Il faut même décider, disait la Cour, que dans le cas où, relativement à certains objets, il existerait quelques motifs de croire à une pensée première de détournement ou de latitation, la peine portée par la loi ne serait pas encourue si ces objets avaient été spontanément remis ou déclarés avant toute poursuite ».

La jurisprudence, dès lors, paraît fixée.

Ainsi, dans une affaire Quénardel, où le Tribunal de la Seine n'avait pas fait application de ce principe, la Cour de Paris infirma son jugement : 7 août 1862 — S. 1862.2.357. La Cour Considérait « que si la loi prive l'époux survivant de sa part dans l'actif de la communauté par lui divertie ou recélé, elle n'a pas entendu appliquer cette disposition rigoureuse à celui qui, après une dissimulation blâmable, l'a réparée de son plein gré et en a effacé les conséquences par une restitution complète, effectuée, non seulement avant toute réclamation, mais même avant que les parties intéressées eussent connaissance des faits qui auraient pu la motiver... »

C'était, en somme, considérer que les demandeurs obtenaient la réparation du préjudice à laquelle ils avaient droit. Et la jurisprudence devait aller plus loin dans cette voie. Le 22 janvier 1884 — Gaz. Pal. 1884.1. suppl. 127 — le Tribunal de la Seine donnait acte à une veuve de ce qu'elle offrait, à la barre, de rapporter une somme litigieuse pour en faire l'objet d'un supplément de partage et il déclarait ses adversaires mal fondés en leur demande en déchéance contre la femme.

Peu de temps après, dans une affaire Drouet c. Mongin et

Aubert, la Cour de Dijon adoptait la thèse ultra-bienveillante (pour les recéleurs) du tribunal de la Seine. Une dame Voinchet avait, par un premier testament, institué légataires universels l'abbé Aubert et le sieur Drouet. Par un second testament, elle annulait ses dispositions primitives, conservait pour légataires universels Aubert et Drouet, mais ajoutait de nombreuses dispositions à titre particulier, notamment en faveur des consorts Mongin.

Lors du décès de la dame Voinchet, Aubert et Drouet détournèrent le second testament et produisirent le premier au président du Tribunal de Langres.

Par la suite, les deux complices cherchèrent à atténuer les effets de leur acte et délivrèrent aux légataires particuliers une partie de leurs legs, « mais à titre de générosité et pour respecter un vœu verbalement exprimé par la dame Voinchet ». Finalement, ils délivrèrent la totalité des legs et produisirent le second testament.

A la demande des légataires, les premiers juges firent aux deux coupables l'application des dispositions de l'article 792.

Mais, sur appel, la Cour de Dijon rendit un arrêt infirmatif. « Si profondément répréhensible qu'eût été le retard apporté par Drouet et l'abbé Aubert à l'exécution de la volonté de la testatrice, disait la Cour, cette volonté n'en avait pas moins été exécutée spontanément par eux ». 25 février 1898 — S. 1899.2.245.

Spontanéité, peut-être, mais en tous cas bien tardive. La Cour de Dijon s'était montrée très indulgente.

La jurisprudence n'a point varié jusqu'à ces derniers temps et rien n'annonce un changement : Amiens, 28 novembre 1907 — Gaz. Pal. 1908.1.353 —; Rouen, 29 avril 1910 — Rec. Caen et Rouen, à sa date —; Requêtes, 23 décembre 1924 — Gaz. Pal. 1925.1.221.

E. — *Ordre donné par le de cujus*

L'argument tiré d'un ordre prétendu du de cujus ne fut invoqué qu'assez tard devant les tribunaux. A notre connaissance, la question est posée pour la première fois dans une espèce jugée, le 7 novembre 1905, par la Cour de Riom. — Rec. Riom, 1905.436.

Au moment de l'inventaire d'une communauté, la veuve déclarait avoir disposé d'un objet conformément aux instructions que son mari lui avait données verbalement.

La Cour décida qu'en raison de sa bonne foi, la veuve échapperait

aux sanctions de l'article 1477 et qu'elle serait seulement tenue de rapporter la valeur de l'objet dont elle avait disposé.

Avec cette jurisprudence, il allait devenir facile de justifier par des ordres venus d'outre-tombe, de fructueux divertissements.

Mais la Chambre Civile coupa court.

Dans une affaire Schnerb, jugée le 28 octobre 1907 — Gaz. Pal. 1907.2.463 — la Cour refusait de voir, dans l'entente préalable entre le de cujus et sa sœur, une cause d'excuse; les actes concertés entre eux constituaient, aux yeux de la Cour, des recelés, pour lesquels la sanction de l'article 792 s'imposait.

D'ailleurs, la Cour évitait de se prononcer sur la question précise de l'ordre donné par le de cujus, d'autant plus que ce n'était pas un des moyens produits à l'appui du pourvoi.

Dans une affaire Mossmann, elle se prononçait plus nettement.

La Cour d'Amiens avait infirmé, le 23 juillet 1908, un jugement du Tribunal de Compiègne, parce que le cohéritier poursuivi n'était point coupable, aux yeux de la Cour, mais qu'il n'avait fait que profiter du résultat de diverses combinaisons imaginées par le de cujus seul pour frustrer les autres héritiers. Le cohéritier avantagé avait été de bonne foi.

La Chambre Civile estima qu'après le décès, l'héritier avantagé comprit fort bien la situation et qu'en acceptant de profiter des dispositions prises par le de cujus, il faisait preuve de mauvaise foi. Peu importait les intentions du de cujus. Elle considérait l'héritier comme punissable, d'après les considérants mêmes de l'arrêt de la Cour d'Appel et cassait : 16 juillet 1913 — Gaz. Pal. 1913.2.315.

Si les deux arrêts de la Cour Suprême ne condamnaient pas *in terminis* la jurisprudence de la Cour de Riom, ils indiquaient du moins la voie dans laquelle les tribunaux devaient s'engager.

Aussi, le Tribunal de la Seine, qui eut à se prononcer sur un cas de ce genre, peu de temps après l'affaire Schnerb, décidait formellement « qu'alors même qu'il est fait sur l'ordre du défunt, le recel d'objets dépendant de la communauté entraîne les pénalités de l'article 1477 ». 19 mai 1909 — Gaz. Trib. 23 octobre 1909.

Les Cours d'Appel se ralliaient également à cette doctrine, plus conforme aux tendances répressives de la jurisprudence contemporaine.

La Cour de Caen jugeait ainsi par deux fois.

D'abord dans une affaire Gervais.

En 1907, la ferme dite de la « Moinerie », située non loin d'Argentan, fut acquise par une dame Gervais et son fils Camille, celui-ci pour la nue-propriété, celle-là pour l'usufruit. Mais Camille Gervais n'avait pas les fonds nécessaires et l'acquisition fut payée tout entière par sa mère. Aussi, à la mort de cette dernière, en 1918, son second fils, Lucien, fit comprendre « La Moinerie » dans la masse successorale et la licitation fut décidée. Camille Gervais fit appel du jugement qui avait ordonné la licitation, sous le prétexte que l'immeuble lui appartenait.

La Cour de Caen refusa d'entrer dans ses considérations. Une fraude avait été commise, non seulement avec l'assentiment, mais avec la participation de la de cujus. Elle appliqua à Camille Gervais les pénalités de l'article 792 : 4 juin 1920 — Rec. Caen 1920-1923, p. 50.

Le 31 mars 1924, elle décidait de nouveau que l'article 792 recevrait application lors bien même que le recel aurait été compensé par les pénalités de l'article 792 : 4 juin 1920 — Rec. Caen 1920.50.

F. — *Entente entre les cohéritiers*

La fin de non-recevoir se présente ici d'une manière plus favorable. Lorsque c'est le de cujus lui-même qui tente de rompre l'égalité du partage au profit d'un de ses héritiers, on comprend que la jurisprudence, qui tient, par-dessus tout, au respect de ce principe d'égalité, ne tienne aucun compte de la volonté, si étrangement exprimée, du de cujus.

Mais, lorsque les héritiers se sont mis d'accord entre eux pour modifier la répartition, on peut se demander pourquoi les tribunaux interviendraient.

Telle semble bien avoir été la pensée de la jurisprudence contemporaine.

La question fut résolue, assez obliquement, dans une affaire Thomas, en 1886.

Le sieur Thomas, devenu veuf, était recherché pour recel par les héritiers de sa femme, commune en biens avec lui.

Pour justifier certaines dissimulations de titres, Thomas invoqua une entente entre lui et ses cohéritiers. Le Tribunal de Corbeil, puis la Cour de Paris répondirent « que cette prétendue entente ne résulte

nullement des faits de la cause ». 30 juillet 1886. — Gaz. Pal. 1886.2.539.

En induirons-nous que si les « faits de la cause » avaient démontré l'existence de cette entente, les peines du recélé n'eussent point été appliquées au sieur Thomas? L'affirmative paraît s'imposer.

Dans un arrêt plus récent, une idée différente se fait jour.

Un sieur Descroisette, poursuivi, comme jadis le sieur Thomas, par les héritiers de sa femme, disait pour sa défense que, s'il avait dissimulé des valeurs de la communauté, c'était pour les soustraire au paiement des droits de mutation.

Une telle défense n'eût sans doute point été imaginée par des avocats du début du 19^e siècle. Mais, poursuivons.

La Cour d'Amiens répondit au sieur Descroisette que, s'il avait opéré cette dissimulation pour soustraire lesdites valeurs au fisc, « dans ce cas, l'entente entre toutes les parties aurait été nécessaire, mais que l'attitude des consorts Marguery (les demandeurs) et leurs réserves formelles en l'inventaire démentent de la façon la plus absolue cette prétention ». 28 novembre 1907 — Gaz. Pal. 1908.1.353.

En d'autres termes, si vous aviez été d'accord pour frauder le fisc, les pénalités du recel ne pourraient s'appliquer. Mais l'accord que vous invoquez n'existant pas, nous devons vous faire application des dispositions de l'article 1477.

Ces deux exemples montrent la tendance de la jurisprudence. La sanction du recel, comme l'a dit, dans un ouvrage connu, un éminent professeur, est une peine « privée », le plus parfait modèle de la peine privée. Cette notion de peine privée prime même, comme dans l'espèce de la Cour d'Amiens, l'application de l'antique maxime : « Nemo auditur ». A moins que les Conseillers d'Amiens n'aient point considéré comme « turpitude » le fait de frauder le fisc de son pays.

G. — *Contrat passé entre les cohéritiers à propos de l'indivision en cours*

La situation est la suivante : une succession s'ouvre. Les cohéritiers conviennent de demeurer dans l'indivision et confèrent à l'un d'eux le soin d'administrer la masse indivise.

L'administrateur recèle ou divertit quelques effets de cette masse. Tombe-t-il sous le coup de l'article 792?

La question ne s'est posée qu'une fois avec une netteté suffisante dans notre jurisprudence moderne, dans une affaire Bermond.

Les héritiers du sieur Bermond administraient la masse successorale. Des détournements furent commis. La veuve demanda qu'il fût fait application contre eux des dispositions de l'article 792.

Sa demande fut rejetée en première instance et en appel.

Les biens détournés, disaient les juges du fait, provenaient du prix d'un immeuble vendu par les cohéritiers et des revenus de la masse. Ils ne faisaient donc pas partie des biens de la succession au jour où elle s'est ouverte. A cet argument contestable, les juges ajoutaient celui-ci, à savoir que, dans tous les cas, il ne pourrait y avoir recel, mais abus de confiance, étant donné l'existence d'une convention d'indivision.

Pourvoi par la dame Bermond.

La Chambre Civile déclara que « l'article 792 ne s'applique pas au cas où il est intervenu entre les héritiers une convention par laquelle un ou plusieurs d'entre eux ont été chargés d'administrer la succession indivise; qu'en ce cas, les rapports des héritiers entre eux sont régis, non par l'article 792, mais par les dispositions contenues au titre *du Mandat*, et, au besoin, par l'article 408 du Code Pénal », Et la Cour rejeta le pourvoi : 5 juillet 1893 — S. 1893.1.472.

Il semble qu'en pareil cas, le délit de recel disparaît parce que la convention d'indivision a fait naître entre les héritiers de nouveaux rapports juridiques. C'est se faire du recel une notion certainement plus étroite que celle qu'en avait la jurisprudence de cette époque. C'est voir dans le recel un délit, à la manière pénale, aux éléments bien déterminés et qui ne saurait subsister en l'absence de l'un de ces éléments.

CHAPITRE SECOND

IDÉE QUI DOMINE LA SANCTION

L'étude de cette question est capitale lorsque l'on recherche quelle est la nature de l'action en recel.

La sanction prévue par la loi est-elle une peine proprement dite? Est-ce la réparation d'un préjudice causé par le délit de recel? Y a-t-il mélange de ces deux notions dans la pénalité?

Les arrêts ont parfois répondu à ces questions et nous avons signalé les décisions, motivées sur ce que l'action en recel a pour but la réparation d'un préjudice.

Mais il convient également d'étudier les arrêts qui, sans se prononcer *in terminis*, ont consacré, par la solution qu'ils donnaient, les conséquences de tel ou tel principe.

Ainsi, une femme commune en biens commet un recel lors de la dissolution de la communauté. Elle sera privée de toute part sur les biens divertis qu'elle aurait recueillis à titre de commune. Si, en même temps, elle est donataire de partie des biens de son mari, la privation de part peut-elle porter sur ces biens?

Si l'action en recel était purement pénale, la sanction ne pourrait porter que sur les biens que la veuve doit recueillir à titre de commune. Si, au contraire, l'action a pour but de réparer le préjudice causé par le recel, la privation de part atteindra tous les objets qui peuvent revenir à la femme, à quelque titre qu'elle les recueille.

Le même intérêt pratique se retrouve sur le point de savoir si, outre la peine prévue par la loi, des dommages-intérêts pourront être demandés au coupable.

Si la sanction des articles 792 et 1477 est une peine au sens propre du terme, rien, en principe, ne saurait empêcher les tribunaux d'accorder des dommages-intérêts pour réparer le préjudice. Mais si l'action en recel est une action réipersécutoire, alors les dommages-intérêts sont

réputés compris dans la pénalité établie par la loi, et ne peuvent être accordés distinctement.

Cette question, toute théorique, en apparence, de la nature juridique de l'action en recel, présente un autre intérêt en ce qui concerne le droit éventuel des reprises que peut faire valoir l'époux coupable.

Si l'action a pour but la réparation d'un préjudice, l'attribution à l'époux victime de la part qui fût revenue au coupable a le caractère d'une créance en réparation et le coupable ne peut faire porter ses prélèvements sur les biens ainsi attribués. Si, au contraire, il s'agit d'une véritable peine, les biens demeurent dans la communauté, sans être attribués à la victime à titre de réparation et l'époux coupable pourra faire porter sur eux ses prélèvements.

Dans tous ces domaines, la jurisprudence a donné les solutions les plus diverses et nous verrons qu'il est difficile de savoir à quel système vont ses préférences.

1° Le coupable est-il frappé seulement en tant qu'il est commun en biens, ou même à titre de donataire ou de légataire?

Nous savons que notre Ancien Droit était bien établi sur ce point. L'époux coupable était puni, non seulement sur les biens qui devaient lui revenir en tant que commun, mais aussi sur ceux auxquels il était en droit de prétendre comme légataire ou donataire.

C'est là une marque, et non des moindres, du caractère civil de l'action en recel dans notre ancienne jurisprudence qui, par ailleurs, avait consacré, avec non moins de fermeté, la conception pénale.

La question se posa, sous l'empire du Code Civil, devant la Cour de Colmar, pour la première fois.

Un sieur Nuffer, commun en biens, était légataire de l'usufruit des biens de sa femme. Après le décès de celle-ci, il fut poursuivi par l'héritière de la défunte en restitution d'une somme de 927 francs qu'il avait divertie.

Un jugement du Tribunal de Saverne, en date du 15 juin 1821, décidait d'appliquer l'article 1477 à Nuffer.

Sur appel, la Cour de Colmar fit une distinction.

« La disposition pénale » de l'article 1477, dit-elle, ne vise que la portion de biens afférente à celui qui a commis le recélé. « On ne peut pas l'étendre » au droit d'usufruit légué par testament, de la portion afférente au prédécédé. Le conjoint tient en effet cette portion,

non de la loi, mais de la volonté du testateur, c'est-à-dire en dehors de toute condition imposée par la loi. 29 mai 1823 — S. 1823.2.351.

Il est certain que si la Cour de Colmar avait considéré l'article 1477 comme édictant une réparation de préjudice, elle n'aurait pas craint d'en étendre les dispositions même aux biens que le mari peut tenir, non de son état de commun, mais d'un legs de sa femme.

Mais la jurisprudence ne tardait pas à revenir à la conception de notre Ancien Droit.

Dans une affaire Vazin, la Cour de Paris refusait de distinguer entre les biens dont un époux aurait la propriété à titre de commun et ceux qu'il aurait recueillis à titre de donataire. Elle confirmait, par adoption de motifs, un jugement du Tribunal de Joigny, qui, se conformant à la jurisprudence ancienne « rapportée par Pothier », privait le conjoint coupable de sa part dans les effets recélés, « tant comme commun que comme donataire ». 25 juin 1828 — S. 1828.2.193.

La Chambre des Requêtes confirmait cette jurisprudence dans l'arrêt Gémond dont il a été question à plusieurs reprises.

La Cour de Paris avait décidé, par arrêt du 23 avril 1831, que la privation de part encourue par le sieur Gémond s'étendrait aussi bien à la portion de biens qu'il aurait comme donataire qu'à celle qu'il aurait en tant que commun.

Sur pourvoi, la Chambre des Requêtes jugeait que la disposition de l'article 1477, « énoncée en termes généraux, embrasse tous les droits que l'époux spoliateur pourrait avoir à exercer, à différents titres », soit comme donataire, soit comme commun, sur les biens de la communauté : 5 avril 1832 — S. 1832.1.528.

Cependant, la thèse de Colmar avait recueilli quelques adhésions, antérieures à la décision si catégorique de la Chambre des Requêtes.

Ce fut le cas, notamment, de la Cour de Poitiers qui, dans un arrêt du 30 novembre 1830 — S. 1832.2.580 — se prononçait très catégoriquement en faveur de la conception pénale.

Elle considérait « que l'article 792 est placé au titre *des Successions*, dans la section deuxième, intitulée *De la renonciation aux successions*; que cet article dispose que les héritiers qui auraient diverti ou recélé les effets d'une succession sont déchus de la faculté d'y renoncer; qu'il est évident que ledit article 792 ne s'applique qu'aux héritiers du sang qui, seuls, ont la faculté de renoncer à la succession et de conserver le titre d'héritiers purs et simples ou d'accepter

la succession sous bénéfice d'inventaire; que les dispositions pénales ne peuvent pas plus être étendues en matière civile qu'en matière criminelle; que, par conséquent, la peine prononcée contre l'héritier coupable de recel par l'article 792 ne peut, par extension dudit article, être appliquée au légataire, bien qu'il réunisse en sa personne la qualité de légataire à titre particulier et celle d'héritier... ».

La Cour concluait que la privation de part encourue par l'héritier doit être restreinte à celle qui lui revient en qualité d'héritier, mais ne saurait être étendue à celle qui peut lui revenir en qualité de légataire.

Même après la décision si nette de 1832, la doctrine pénale semblait flotter dans quelques arrêts.

C'est particulièrement le cas d'une décision de la Cour de Bourges, dans une affaire Chamblant.

Une dame Chamblant, mariée sous le régime de la communauté, mourait, en laissant pour légataire universel son mari, et pour héritiers légitimes et réservataires ses père et mère, les époux Poisle-Ducoury.

Ceux-ci, prétendant que le sieur Chamblant avait détourné de la communauté une somme de 2.254 francs, l'assignent devant le Tribunal de La Châtre pour le faire déclarer déchu de tous ses droits dans les objets détournés, tant de ceux qu'il avait à titre de commun que de ceux qu'il tenait du testament de sa femme.

Le Tribunal de La Châtre reconnaissait comme constante la dissimulation de valeurs par le sieur Chamblant, mais, fidèle à la conception pénale des arrêts de Colmar et de Poitiers, il ne déclarait l'époux spoliateur déchu que des droits qu'il tenait de sa qualité de commun en biens; il lui réservait, au contraire, tous les droits qu'il pouvait avoir dans ces mêmes objets à titre de légataire de son épouse. 20 avril 1839.

Sur appel, la Cour de Bourges décidait qu'il convenait de faire application des articles 792 et 1477. Contrairement à ce qu'avait jugé la Cour de Poitiers, elle disait qu'à titre de légataire, Chamblant était visé par l'article 792 et « compris dans la dénomination d'héritier ». Ce n'était donc plus la pure notion pénale qui triomphait. Mais la Cour de Bourges évitait également de se réclamer de l'arrêt Gémond qui frappait l'époux spoliateur, à quelque titre que pussent lui revenir les biens dont il convenait de le priver. La Cour de Bourges précisait qu'elle faisait application des deux textes visés à la fois : « ...soit en qualité de commun, soit en qualité d'héritier testamentaire, il doit être privé de tous les droits qu'il aurait eu à exercer à ces deux titres sur

les effets qu'il a recélés ». C'était en somme reconnaître que l'article 1477, à lui seul, n'eût pas permis d'atteindre les biens que le coupable doit recevoir en qualité de légataire de sa femme. 10 février 1840 — S. 1840.2.501.

Peu de temps après cet arrêt aux contours un peu vagues, la Cour de Bordeaux, dans une affaire Hucher, revenait aux idées de l'arrêt de 1832 et abandonnait nettement la thèse qui avait triomphé à Poitiers en 1830.

« On ne saurait s'arrêter, dit la Cour, à la distinction proposée par les époux Hucher, entre les héritiers et les légataires pour arriver à ce résultat que l'épouse Hucher n'a encouru la déchéance que comme héritière de Jean Charpateau et seulement pour la portion des droits qui lui revenaient en cette qualité...; qu'il y a trop de subtilité dans cette distinction; que les deux qualités se confondant dans la personne convaincue de latitations, la déchéance doit porter sur la totalité des valeurs détournées... » 16 juin 1840 — S. 1840.2.502.

La Chambre des Requêtes allait être amenée à affirmer de nouveau sa doctrine, dans une affaire Boutron.

Les héritiers d'un sieur Boutron, poursuivis en vertu des dispositions de l'article 1477, prétendaient que, dans tous les cas, l'usufruit que leur auteur tenait d'une donation de sa femme ne devait pas être compris dans la privation opérée conformément à ce texte.

Mais, la Cour de Paris, qui s'était déjà prononcée lors de l'affaire Gémond, jugeait que « la généralité des termes » de l'article 1477 « ne permet aucune distinction; qu'en privant celui des époux qui a diverti ou recélé des effets de la communauté de sa portion dans lesdits effets, la loi a voulu le punir de cette infidélité; qu'ainsi, soit d'après le texte, soit d'après l'esprit dudit article, il n'y a à rechercher ni l'origine ni la nature du droit... » 24 juin 1843 — S. 1843.2.331.

Sur pourvoi, la Chambre des Requêtes, dans un arrêt que nous avons déjà cité, précisait en quoi consistait, selon elle, la nature de l'action en recel. Nous reviendrons sur les affirmations de principe contenues dans cet arrêt.

Retenons, pour l'instant, que la Cour maintenait sa jurisprudence antérieure, « attendu que la disposition de l'article 1477 est générale et absolue; que la privation imposée à l'époux spoliateur s'applique à tous les droits qu'il peut avoir sur les objets détournés, à quelque titre que ces droits lui soient parvenus, soit d'après le vœu de la loi, soit en vertu de dispositions entre vifs ou testamentaires ». Consécration de la

conception civile de l'action en recel, d'ailleurs exprimée in terminis dans les premiers motifs de ce curieux arrêt. 4 décembre 1844 — S. 1845.1.191.

Malgré les termes formels de l'arrêt de 1843, le Tribunal de la Seine, dans une affaire Durand, revenait à la jurisprudence inspirée de la notion pénale.

Pendant la durée de la communauté Durand, le sieur Durand fit donation à sa femme de l'usufruit de tous ses biens meubles et immeubles, à la charge de faire bon et fidèle inventaire. Lorsque Durand vint à mourir, il laissait pour héritiers une sœur et des neveux. Sa veuve fit faire inventaire. Elle omit des valeurs communes dont elle se croyait unique propriétaire. Les héritiers Durand l'assignèrent alors pour voir dire que, faute d'avoir fait fidèle inventaire, elle serait déchue de la donation à elle faite par son mari.

Le Tribunal de la Seine jugea « que les articles 792 et 1477 n'ont pour effet, le premier que d'entraîner la déchéance du droit de bénéfice d'inventaire et de priver l'héritier du droit de participer à l'objet qui avait été recélé; le deuxième, que de priver l'époux qui aurait recélé ou diverti du droit que sa qualité de commun pouvait lui donner sur l'objet qui avait été recélé ou diverti; qu'aucune de ces dispositions ne peut avoir pour effet d'annuler, en principe, ainsi que le demandent les héritiers Durand, la donation en usufruit faite par Durand à sa femme... »

Le tribunal se tient à une interprétation très étroite des dispositions des articles 792 et 1477 et en fait ainsi de véritables textes pénaux.

La Cour de Paris maintint également la donation, mais pour des raisons tirées de la bonne foi de la veuve, et sans faire aucune allusion aux arguments donnés par le tribunal sur la nature des textes invoqués. 15 juin 1844 et 4 août 1845 — Sous Cass., 24 novembre 1847 — S. 1848.1.21.

Le Tribunal de la Seine ne recourt même pas au biais employé par la Cour de Bourges, qui frappait en utilisant à la fois les articles 792 et 1477. Selon le tribunal, l'article 792 a un objet bien déterminé, comme un article du Code Pénal et ne saurait servir ici.

Le Tribunal Civil d'Auxerre jugeait de même dans une affaire Baudoin. Mais, la Cour de Paris, « considérant que la disposition de l'article 1477 est générale et absolue; que la privation qu'elle impose à l'époux qui a diverti ou recélé quelques effets de la communauté s'applique à tous les droits qu'il peut avoir sur les objets détournés, à

quelque titre que ces droits lui soient parvenus... ; considérant, en effet, qu'il répugnerait à l'esprit aussi bien qu'au texte de cette disposition, que l'époux spoliateur pût retenir et conserver une partie quelconque de ce qu'il s'est indûment approprié... » décidait de frapper les héritiers du coupable, tant sur les biens lui revenant à titre de communauté que sur ceux lui revenant à titre de legs. 7 août 1858 — S. 1860, 2.586.

A partir de cette époque, la question ne fait plus de doute : Caen, 24 août 1865 et, sur pourvoi, Requêtes, 13 mai 1867 — S. 1867, 1.207.

Lorsque des tentatives de réaction se dessinent, sous des influences étrangères parfois à la question précise qui est posée, les Cours d'Appel, en général, ramènent les premiers juges dans la voie depuis longtemps tracée par la Cour Suprême.

Ainsi, dans une affaire Leroy, le Tribunal de Provins rendait un jugement incontestablement inspiré des idées pénales qui, sur différents points, d'ailleurs, semblaient reprendre faveur à cette époque.

Le sieur Leroy, marié sous le régime de la communauté, était en même temps légataire de l'usufruit des biens de sa femme. Après le décès de celle-ci, il fut poursuivi par les héritiers pour recel.

Le Tribunal envisagea de deux points de vue la situation juridique du sieur Leroy. En tant que commun en biens, il subissait pleinement l'application des dispositions de l'article 1477 et perdait sa part dans les valeurs détournées, c'est-à-dire la moitié. En tant que légataire de l'usufruit des biens de sa femme, c'est-à-dire de la moitié des biens communs, il conserve tous ses droits : il les tient d'un testament. L'article 1477 est sans application quant à eux. Il conservait donc son usufruit sur une moitié des biens. 10 janvier 1886.

Sur appel, la Cour de Paris réforma le jugement de Provins. L'époux spoliateur, dit-elle, « est privé de tous les droits qu'il aurait eu à exercer sur les objets détournés ou recelés, à quelque titre qu'il aurait eu à exercer ces droits ». 9 février 1888.

Si la Cour ne croyait pas devoir motiver plus fortement sa décision, c'est qu'elle était conforme à une jurisprudence établie et aux tendances générales qui se faisaient jour concernant la notion même de recel.

D'ailleurs, sur pourvoi, la Chambre des Requêtes rendit un arrêt de rejet, motivé sur ce que « la déchéance édictée par l'article 792 et

par l'article 1477 est générale et absolue ». 8 mai 1889 — S. 1889, 1.428.

A l'époque même où le Tribunal de Provins rendait son jugement dissident, une autre juridiction, d'ordre plus élevé, statuait dans le même sens.

Il s'agissait, dans l'espèce, de personnes prétendant retenir, à titre de don manuel dispensé de rapport, des valeurs d'une succession. Mais les divers témoignages produits dans la cause démontrèrent d'une façon absolue et péremptoire le divertissement commis.

La Cour de Dijon, saisie d'une question relative aux reprises, déclarait que « la place qu'occupe l'article 1477 éclaire complètement son texte; que, se trouvant inscrit au titre *Du partage de l'actif de la communauté* et à la suite des articles qui règlent la composition et le partage de cet actif, il est bien évident qu'il ne vise que la portion de cet actif qui serait advenue à la femme comme représentant ses droits à la communauté; d'où il suit que la peine qu'il inflige à l'époux recéleur ne peut porter atteinte qu'aux droits qui dérivent pour lui de sa qualité de membre de la communauté et non de ceux qu'il tient de titres étrangers à la communauté... »

C'était dire que la femme ne serait privée que des biens qu'elle reçoit comme commune, mais non de ceux qui lui peuvent parvenir à un autre titre; c'était revenir à la conception pénale du recel. Et cependant, la Cour de Dijon, analysant la *ratio legis*, disait que le but poursuivi par le législateur en édictant l'article 1477 avait été double: d'une part, punir l'auteur du divertissement, en lui enlevant le bénéfice de sa mauvaise action; d'autre part, indemniser ses co-partageants du préjudice qu'il leur avait causé. Ces deux idées de peine et de réparation sont, nous l'avons vu, antagonistes. S'il y a peine, la femme, en effet, ne peut être privée que des biens qui doivent lui revenir en tant que commune. Mais, s'il y a réparation, elle doit être privée de tous les biens qui doivent lui échoir, à quelque titre que ce soit. Au fond, en mêlant ainsi ces deux idées, la Cour de Dijon exprimait, sans doute sans le savoir, une profonde vérité. 3 mars 1886 — Gaz. Pal. 1886.1.774 — aff. Cousin-Jeannin.

Depuis l'arrêt de la Chambre des Requêtes de 1889, la jurisprudence n'a plus varié.

La Cour de Paris jugeait « que les termes de l'article 792 sont formels; que l'héritier coupable ne peut rien retenir, à aucun titre, dans

les objets recelés ». En conséquence, il était impossible de le priver seulement de sa réserve, qu'il tient de sa qualité d'héritier, et de lui laisser la quotité disponible, qu'il tient de la volonté du de cujus. 17 décembre 1895 — Gaz. Pal. 1896.1.207.

Dans une affaire Laffage, que nous avons déjà étudiée, la Chambre Civile adopte une attitude qui rappelle celle prise par la Cour de Bourges, en 1840, à une époque où l'on n'était pas encore fixé sur l'étendue d'application des articles 792 et 1477.

Une dame Marty, épouse Laffage, était donataire de l'usufruit de l'universalité des biens de son mari, Lors de la dissolution de la communauté, elle divertit certains effets.

Les premiers juges avaient appliqué à la dame Laffage les dispositions de l'article 792.

Mais, la Cour de Montpellier infirmait leur décision par arrêt du 31 mars 1892, par le motif que, n'étant ni successeur, ni donataire ou légataire à titre universel, la veuve Laffage n'avait pu encourir la déchéance de l'article 792.

La Cour ne songea point à tirer argument de l'état de mariage. Quant à la Chambre Civile, saisie du pourvoi, elle cassa l'arrêt de Montpellier, sur ce que le legs d'usufruit étant à titre universel, les dispositions de l'article 792 auraient dû recevoir application. Mais la Cour ne dit point que la femme devait être privée des biens divertis, à quelque titre quelle y pût prétendre, comme elle l'avait cependant jugé maintes fois. 19 juin 1895 — Gaz. Pal. 1895.2.63.

2° Des dommages-intérêts peuvent-ils être alloués, en plus de la sanction des articles 792 et 1477?

Cette question avait été à peine effleurée dans notre ancien droit. Elle fut discutée surtout sous l'empire du Code Civil, alors même que l'expression dommages-intérêts ne figure pas toujours dans les arrêts.

La question se ramène à celle-ci : lorsque les juges ont prononcé l'application des dispositions de l'article 792 ou de l'article 1477, peuvent-ils ajouter une mesure quelconque en vue de réparer le préjudice causé par le recel ? Ou bien, les deux textes visés contiennent-ils, en eux-mêmes, une évaluation forfaitaire des dommages-intérêts ? Résoudre par l'affirmative le premier point, c'est considérer l'article 792 et l'article 1477 comme édictant essentiellement une peine. Faire de même pour la seconde question, c'est, au contraire, affirmer que ces

textes tendent à réparer le préjudice causé par le recel et c'est dire que l'action en recel est une action civile.

Dans les premières années qui suivirent la codification, la question fut soumise, sous une forme, à vrai dire, détournée, à la Chambre Civile, dans une affaire Bertrand.

Un citoyen Philippe Bertrand était mort en floréal an 3 ; il avait institué légataire universel Sébastien Bertrand à charge pour lui d'acquiescer deux legs, l'un de 25.000 francs à la citoyenne Lafond, l'autre de 4.000 francs au citoyen Sevin.

Sébastien Bertrand accepta la succession sous bénéfice d'inventaire ; puis, sur la demande en délivrance des legs, il répondit qu'ils excédaient la quotité disponible, fixée à $1/6$ par la loi du 17 nivôse de l'an 2. Les légataires répliquèrent que l'inventaire était infidèle et demandèrent à voir déclarer Bertrand héritier pur et simple.

Le Tribunal de Lyon jugeait, le 19 août 1814, que « l'inventaire ne présentait pas le véritable état de la succession » et il condamna Bertrand à acquiescer tous les legs. Sur appel, le jugement fut confirmé par adoption de motifs : Cour de Lyon, 28 août 1817.

Condamner Bertrand à acquiescer tous les legs, c'était porter atteinte à sa réserve. Bertrand forma, en conséquence, un pourvoi en cassation de l'arrêt de Lyon, pour violation des lois du 5 brumaire de l'an 2 et du 17 nivôse de l'an 2.

La Chambre Civile ne rendit son arrêt « qu'après délibéré ».

Elle disait tout d'abord que l'arrêt attaqué « a déclaré en fait que l'inventaire représenté dans l'instance annonçait le projet de cacher le véritable état de la succession au préjudice de ceux qui avaient des droits à exercer contre elle ». La Cour en concluait que c'était par son fait que Bertrand s'était mis « dans l'impuissance de pouvoir composer le patrimoine du défunt de manière à établir que la réserve légale était entamée par les legs faits aux défendeurs ». Elle rejetait également la demande de Bertrand de faire faire l'inventaire par commune renommée. « En le déclarant déchu du bénéfice d'inventaire et en induisant de sa conduite qu'il était tenu d'acquiescer intégralement les legs réclamés, dit la Cour de Cassation, la Cour Royale de Lyon a rendu hommage aux principes qui ne permettent pas aux tribunaux de laisser profiter de la fraude ceux qui s'en sont rendus coupables, et n'a violé aucune loi... ». 16 janvier 1821 — S. Chron., à sa date.

Cet « hommage aux principes » cache une pensée à la fois de représ-

sion et de réparation. La Cour Suprême, en effet, ajoute une peine à la déchéance prévue par l'article 801, puisqu'elle prive l'héritier de sa réserve. En même temps, elle répare, autant qu'il est en elle, le préjudice que le recel a pu causer aux légataires, en obligeant l'héritier à acquitter la totalité des legs, même au delà de la réserve. Il y a, en somme, allocation de dommages-intérêts.

Dix ans plus tard, la Chambre des Requêtes allait avoir à se prononcer, dans la même matière des successions, à propos de l'affaire de Villebrun.

Le 17 octobre 1817, mourait un sieur de Villebrun, qui laissait pour lui succéder des enfants de deux mariages. Les enfants du premier lit reprochèrent à ceux issus du second mariage d'avoir commis des détournements lors de la liquidation de la succession et intentèrent contre eux l'action fondée sur l'article 792.

La demande, rejetée par le Tribunal de Saint-Pons, le 6 février 1827, fut admise par arrêt infirmatif de la Cour de Montpellier, en date du 9 juin 1828.

Sur pourvoi, la Chambre des Requêtes répondait « que les soustractions commises par les héritiers en général les rendent passibles, indépendamment de l'action publique pour crime ou délit, s'il y a lieu, des *réparations civiles* auxquelles le fait peut donner lieu ».

La Chambre des Requêtes posait un premier principe : c'est que le recel pouvait donner lieu à l'action publique pour crime ou délit. Dès lors, les sanctions édictées par les textes du Code Civil prennent figure de pures réparations, de « réparations civiles » pour parler comme l'arrêt.

Mais, ne nous y trompons pas. C'est la privation de part en elle-même qui constitue ces dommages-intérêts, cette réparation civile.

La suite de l'arrêt le démontrerait, s'il en était besoin.

« Sous le rapport de ces mêmes réparations civiles, l'arrêt attaqué a pu, comme il l'a fait, adopter pour règle de décision la disposition finale de l'article 792 (privation de part, la disposition initiale de ce texte étant la déchéance de la faculté de renoncer) dont il s'agit... »

C'est donc bien la privation de part en elle-même qui constitue la réparation civile. Et, comme le recel ne donne pas toujours lieu à l'action publique, il reste de cet arrêt que les soustractions commises par les cohéritiers les rendent passibles des réparations civiles auxquelles le fait peut donner lieu. Ce qui revient à faire de l'action en

recel une action civile tendant à la réparation du préjudice causé, réparation contenue à l'avance et forfaitairement dans les dispositions des articles 792 et 1477. Conception inverse de celle qui avait triomphé en 1821. 22 février 1831. — S. 1831.1.273.

La Cour de Paris elle-même, dans une espèce déjà étudiée, va consacrer *in terminis* la conception selon laquelle l'action de l'article 792 ne serait qu'une action en réparation de préjudice, les dommages-intérêts ayant été fixés à l'avance et forfaitairement par le législateur.

« ...l'action, dit la Cour de Paris, ne dérive pas d'un délit, mais d'un quasi-délit, dont la réparation... » 24 juin 1843 — S. 1843.2.331.

Sur pourvoi, la Chambre des Requêtes maintint la doctrine de son arrêt de 1831, mais l'exprima aussi nettement que l'avait fait la Cour de Paris.

Du détournement prévu par l'article 1477, dit-elle, « ne résulte nullement une action pénale proprement dite, mais une *action purement civile tendant à la réparation du préjudice* causé directement et indirectement par ledit détournement, réparation dont le législateur a fixé lui-même les limites en déclarant, dans ledit article 1477, que l'époux auteur du détournement serait privé de sa portion dans les objets détournés... ». 4 décembre 1844. — S. 1845.1.191.

Donc, pas d'allocation possible de dommages-intérêts, puisque la réparation a été fixée à l'avance et forfaitairement par la loi qui, dans l'article 1477, a édicté la privation de part contre l'époux spoliateur.

Peu d'arrêts sont aussi nets sur la nature de l'action en recel.

Cette doctrine était admise également par la Cour de Besançon, qui décidait que le recel est un « dommage » dont « réparation » est due : 19 janvier 1849. — Rec. P. de Velna, v° Contr. de M., n° 81.

Donc, au milieu du 19^e siècle, on peut dire que la Cour de Cassation considérait l'action en recel comme purement civile, la sanction des articles 792 et 1477 comportant en elle-même des dommages-intérêts arbitrés à l'avance et à forfait.

C'est également la thèse de la Cour d'Appel de Besançon.

Mais l'unanimité n'était pas réalisée sur ce point.

En 1858, le Tribunal de Civray fut saisi d'une demande en recel par les dames Roville contre leurs frères et cohéritiers, les sieurs Pel-

legrain, à la suite de contestations qui s'étaient produites entre eux, lors de la liquidation de la succession du défunt sieur Pellegrain.

Les demandes des dames Roville furent rejetées par deux jugements séparés dudit Tribunal de Civray, des 16 et 23 avril 1858.

Sur appel, la Cour de Poitiers jugea que le détournement dont se plaignaient les dames Roville était « évident ». En conséquence, la Cour ordonnait l'attribution exclusive des objets détournés aux dames Roville et, « attendu que le préjudice causé aux appelantes par le retard apporté à leur jouissance n'est pas suffisamment compensé par les intérêts qui leur sont dûs à partir du jour de la demande; qu'il convient d'y ajouter une somme de 3.000 francs à titre de réparation; condamne... ». 9 février 1859.

La conception de la Cour de Poitiers est la pure conception pénale qui avait triomphé à la Cour Suprême avec les célèbres arrêts de novembre 1855. Il suffit de lire le motif pour voir que la Cour de Poitiers considère la sanction de l'article 792 comme une peine; la réparation, ce sont les intérêts du jour de la demande et, s'ils ne suffisent pas, des dommages-intérêts supplémentaires.

Le pourvoi formé en cassation de cet arrêt ne faisait même pas état de cette allocation de dommages-intérêts. Il se fondait entièrement sur la non-constatation expresse de la mauvaise foi des frères Pellegrain. Il a été étudié à la section relative au pouvoir des juges du fait et l'arrêt de rejet n'importe pas ici. 14 décembre 1859. — S. 1860.1.253.

La Cour de Poitiers devait cependant nous réserver une surprise. Six jours après l'arrêt de rejet que nous venons de rappeler, le Tribunal de Niort rendait un jugement inspiré des conceptions qui avaient triomphé à la Chambre des Requêtes en 1844 et que la Cour de Poitiers semblait avoir abandonnées, à lire son arrêt du 9 février 1859. Cette même Cour de Poitiers confirmait néanmoins le jugement du Tribunal de Niort, par arrêt du 17 août 1860. — S. 1860.2.582.

L'espèce était la suivante :

Un sieur Nicol avait commis divers recelés et divertissements tant avant qu'après la dissolution de la communauté. Ses adversaires avaient demandé, en plus de l'application des dispositions de l'article 1477, qu'il leur fût alloué des dommages-intérêts pour réparer le préjudice à eux causé par les fraudes nombreuses et importantes commises par le sieur Nicol.

Se conformant presque mot pour mot à la doctrine qui avait été celle de la Cour de Cassation en 1844, le Tribunal de Niort refusait toute allocation de dommages-intérêts. « Attendu, disait-il, que Nicol étant ainsi condamné à la réparation prononcée spécialement pour ce cas par l'article 1477, il n'y a pas lieu d'allouer aux demadeurs les dommages-intérêts qu'ils réclament... »

La conception civile de l'action en recel est ainsi très nettement formulée. La loi, selon le jugement de Niort, a spécialement prévu pour le cas de recel une réparation adéquate, qui est contenue dans l'attribution que fait à la personne lésée l'article 1477. Cette attribution comprend les dommages-intérêts, évalués à l'avance et forfaitairement. Il n'y a donc pas lieu d'en prononcer l'allocation distincte.

La Cour de Poitiers, qui avait formellement décidé le contraire, dans son arrêt du 9 février 1859, se ralliait à cette conception. — 17 août 1860.

C'est encore l'idée que les textes du Code Civil contiennent en eux-mêmes la réparation qui préside à l'élaboration de l'arrêt rendu par la Chambre Civile dans l'affaire Groullié, le 17 avril 1867. — S. 1867.1.205.

Dans les considérants, la Cour rappelle, comme dans l'arrêt Villebrun de 1831, que le recel peut, dans certains cas, prendre figure de délit pénal. Alors, les sanctions inscrites dans les articles 792 et 1477 deviennent des dommages-intérêts que la loi a évalués par avance et à forfait. Mais le juge ne saurait prononcer l'allocation de dommages-intérêts supplémentaires.

La Cour d'Angers jugeait conformément à cette doctrine dans une affaire Méray, le 6 juin 1870. — S. 1871.2.207.

Puis, sur les autres terrains, la conception civile du recel triomphe, comme elle sembla avoir triomphé en matière d'allocation de dommages-intérêts.

Mais, dans cette matière, la réaction que subit la jurisprudence vers 1880-1885 se manifesta également.

Dans une affaire Hugue contre Rattez, où il s'agissait de biens prétendument donnés, les premiers juges, outre l'application des dispositions de l'article 792, avaient condamné les coupables à payer 500 francs, à titre de dommages-intérêts, à l'héritier lésé.

Sur appel, la Cour de Douai jugea « que l'article 792, en privant le cohéritier coupable de sa part dans les objets divertis ou recélés,

ne fait pas obstacle à ce que, successible, il puisse encore être condamné à des dommages-intérêts, conformément au droit commun, si, par son délit, il a causé au cohéritier un préjudice appréciable ». 2 novembre 1885. — Gaz. Pal. 1886.1.34.

Retour, nous le voyons, à la conception pénale de l'action en recel. Mais la conception civile gardait ses partisans.

Dans une affaire de testament faux — cf. ch. 1^{re}, sect. 1^{re}, § B — la Cour de Chambéry, qui, en 1888, avait considéré qu'il n'y avait point là les éléments d'un recel et dont la décision avait été cassée, fut appelée à préciser sa position par rapport à la nature de l'action en recel.

Elle considéra, conformément à la jurisprudence nouvelle, que le fait de produire un testament que l'on sait faux constitue un recel. Et, à propos de la sanction, elle estima que « la faute très lourde, le quasi délit ou le dol dont s'est rendu coupable l'un des cohéritiers cause aux autres un *préjudice* dont la *réparation consiste précisément dans la déchéance édictée par l'article 792* ». Aff. Petit, 12 juillet 1893. — Gaz. Pal. 1893.2.249.

C'est, très nettement exprimée, la doctrine de la Cour Suprême de 1844, reprise par la Cour de Poitiers, après le tribunal de Niort, en 1860 : la sanction prévue par le Code Civil comprend à forfait les dommages-intérêts auxquels les personnes lésées pourraient prétendre et l'action en recel devient ainsi une simple action en réparation de préjudice.

Conséquence, d'ailleurs, de la notion très large du délit qui était devenue, après l'intervention, que nous avons rappelée, de la Cour de Cassation, celle de la Cour de Chambéry.

Car, toutes les solutions se tiennent en quelque sorte. Considérer l'action en recel comme une véritable action pénale, c'est, sur le terrain du fait incriminé, n'admettre le recel qu'autant que tous les caractères d'un délit pénal sont réunis et ne l'admettre qu'à cette condition; sur le terrain de la sanction, considérer les articles 792 et 1477 comme édictant de véritables peines, ce qui permet l'allocation supplémentaire de dommages-intérêts pour réparer le préjudice causé, c'est considérer également que toute restitution spontanée des effets divertis ne peut avoir aucun effet, puisqu'une telle restitution ne saurait empêcher le délit d'avoir été commis.

L'une ou l'autre de ces conceptions entraîne une foule de conséquences pratiques, dont nous venons de donner une idée bien incom-

plète. Mais, on ne peut exiger que la jurisprudence soit toujours fidèle à telle conséquence déterminée de ce qui semble être pour elle un principe admis. Et c'est ce qui explique l'aspect vraiment chaotique et parfois incohérent qu'elle présente.

Nous le constatons encore à propos de cette allocation supplémentaire possible de dommages-intérêts dont nous nous occupons actuellement. Les arrêts consacrent l'une ou l'autre des conceptions opposées à quelques mois de distance et sans que l'ensemble de la jurisprudence ait parfois changé.

En effet, dans l'affaire Casaux-de la Béraudière, jugée d'abord à Paris, puis renvoyée, après cassation, devant la Cour de Rouen, c'est l'idée que l'action en recel est purement pénale qui est mise en avant.

L'arrêt de Rouen précise « qu'il ne s'agit point ici, en réalité, de la réparation d'un préjudice, qui cessera d'exister par le rétablissement dans la succession des sommes détournées, mais bien d'une *véritable peine à prononcer* ». Et, à propos de la solidarité qui est demandée, la Cour déclare s'en remettre aux cas prévus par l'article 55 du Code Pénal. 27 décembre 1893, sous Cass. 11 juillet 1894. — S. 1897.1.459.

Si donc les articles 792 et 1477 prononcent une « véritable peine », des dommages-intérêts pourront évidemment être alloués pour réparer le préjudice, s'il y a lieu.

Cela n'empêchait pas la Chambre Civile de dire, en propres termes, que l'action en recel « constitue, *non une action pénale*, mais une *action civile en réparation du préjudice causé par le détournement* ». c'est-à-dire que les sanctions prévues aux articles 792 et 1477 comprennent à l'avance et à forfait les dommages-intérêts : aff. Chiray, 11 novembre 1895. — S. 1895.1.281.

La Chambre civile n'avait d'ailleurs pas eu, dans cette affaire, à se prononcer sur une allocation de dommages-intérêts, mais seulement sur la question de savoir si l'action peut passer contre le légataire universel du coupable.

Mais, peu de temps après, elle eut à se prononcer sur l'allocation de dommages-intérêts en elle-même.

Dans la célèbre affaire Stourdza-Gortschakow, le Tribunal de la Seine avait accordé au prince Gregori Stourdza, outre l'application des dispositions de l'article 792 contre sa sœur, une somme de 25.000 francs à titre de dommages-intérêts pour le préjudice causé par le divertissement.

Ce jugement fut infirmé par la Cour de Paris, qui refusa de considérer que la princesse avait commis un recélé : 20 janvier 1893. L'arrêt de Paris fut cassé le 21 mars 1894. — *Gaz. Pal.* 1894.1.457.

La Cour d'Orléans, saisie comme cour de renvoi, reprenait complètement l'examen des faits et jugeait que les 25.000 francs attribués à titre de dommages-intérêts par le Tribunal de la Seine étaient suffisants : 6 mars 1895. — *Gaz. Pal.* 1897.2.277.

D'autre part, le prince Gregori avait demandé que les sommes détournées par la princesse Gortschakow fussent productives d'intérêts à partir du jour du divertissement et non à dater seulement du jour de la demande. La Cour d'Orléans estima qu'il y avait chose jugée sur ce point.

Pourvoi contre ce chef de l'arrêt.

La Chambre Civile, sans se prononcer bien clairement sur les intérêts réclamés à titre de dommages-intérêts, cassa l'arrêt d'Orléans : 14 avril 1897. — *S.* 1900.1.454. — « ...les sommes détournées, disait-elle, étant susceptibles de produire des intérêts, ceux-ci, qui faisaient partie intégrante des valeurs elles-mêmes, tombaient, à partir de la date de l'indue appropriation, sous l'application de l'article 792... ».

L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'Amiens .

Celle-ci considéra qu'elle avait trois points à juger. Parmi eux, celui de savoir si une somme de 800.000 francs, réclamée à titre de dommages-intérêts, était justifiée.

Il y avait eu, on s'en souvient peut-être, deux ordres de divertissement : de l'argent déposé en Allemagne et à Paris, et, en outre, des florins hollandais.

Une somme de 25.000 francs avait été allouée, à titre de dommages-intérêts, par le Tribunal de la Seine, et la Cour d'Orléans avait jugé, en 1895, que cette allocation était suffisante, sans que sa décision, sur ce point, fût frappée de pourvoi; c'est d'ailleurs une question de fait.

Cependant, dit la Cour d'Amiens, s'il « peut y avoir chose jugée sur les dommages-intérêts dus à raison du détournement de l'or », il n'y a pas chose jugée sur les dommages-intérêts « dus à raison de la dissimulation des valeurs hollandaises, à l'occasion de laquelle l'arrêt de Paris a été cassé et sur laquelle n'a point statué l'arrêt d'Orléans; Considérant, ajoute la Cour d'Amiens, que le dommage

que Gregori a pu éprouver de ce chef est suffisamment réparé par l'application de l'article 792 et qu'il n'apparaît pas, d'ailleurs, que la recherche des valeurs hollandaises ait entraîné des frais indépendants de celle de l'or ou des autres valeurs; qu'il n'y a donc pas lieu d'augmenter le chiffre de 25.000 francs accordé par les premiers juges... »
3 mars 1898. — Gaz. Pal. 1898.1.605.

On le voit : l'allocation supplémentaire et distincte de dommages-intérêts n'est pas discutée quant à son principe.

La Cour de Rouen l'admettait, en décembre 1893. La Chambre Civile refusait de l'admettre en novembre 1895. Elle l'admettait de nouveau en 1897, quoique les termes de son arrêt ne soient peut-être pas très probants.

Mais nous allons la voir, en 1901, dans une affaire Delhommeau-Cérisay, confirmer cette jurisprudence d'une façon aussi nette que l'on peut le souhaiter.

Elle montre en même temps comment elle considère l'allocation des intérêts afférents à la somme divertie et le point de départ de ces intérêts.

Dans l'espèce, il s'agissait d'une dame Cérisay qui, veuve en 1869, avait épousé, en 1874, un sieur Delhommeau et avait été maintenue comme tutrice de son fils mineur par le conseil de famille.

Devenu majeur, son fils, Georges Cérisay, l'assigna, ainsi que le sieur Delhommeau, devant le Tribunal de Laval, pour faire ordonner la liquidation de la succession Cérisay et de la communauté qui avait existé entre les époux Cérisay jusqu'en 1869.

Par jugement du 9 juillet 1897, le Tribunal de Laval ordonna à la dame Delhommeau de payer à son fils une somme de 10.000 francs avec intérêts composés depuis le 1^{er} avril 1870.

Sur appel par la dame Delhommeau, la Cour d'Angers maintint la condamnation pour le principal, mais fixa le point de départ des intérêts au 16 juillet 1874, date du second mariage de la dame Delhommeau : 18 juillet 1898.

Pourvoi par ladite dame, fondé, entre autres moyens, sur ce que l'arrêt d'Angers l'avait condamnée sans motifs à payer à son fils les intérêts à partir de son second mariage (fin de sa jouissance légale) et les intérêts de ces intérêts à partir de leur première capitalisation annuelle.

La Chambre civile rejeta le pourvoi.

« Les juges étaient autorisés, dit la Cour Suprême, à allouer, le cas échéant, au demandeur, *en réparation du préjudice* par lui éprouvé, outre le capital de 10.000 francs, un complément d'indemnité pouvant consister, soit en une somme fixe, soit en l'allocation des intérêts simples ou composés du capital. »

La Cour précise son point de vue sur l'idée de préjudice. « Attendu, dit-elle, qu'après avoir établi la persistance de la fraude commise au préjudice de Cérisey, la Cour d'Angers s'est occupée d'apprécier l'importance du dommage qui en était résulté pour ce dernier; qu'elle a, sur ce point, réduit l'indemnité allouée par les premiers juges et modifié le point de départ des intérêts adopté par eux, en faisant remarquer que le préjudice n'avait commencé à exister que du jour où la dame Delhommeau avait, par l'effet de son second mariage, perdu l'usufruit légal exercé jusqu'alors par elle sur les biens de son fils... » : 9 juillet 1901. — S. 1905.1.183.

Tout l'arrêt est dominé par l'idée que l'action de l'article 1477 est une action pénale, les juges demeurant libres, après application de la peine, d'apprécier le dommage subi et de déterminer, en conséquence, la réparation à accorder, somme fixe ou intérêts du capital déverti. Nous venons de voir que les deux procédés avaient été simultanément employés dans l'affaire Stourdza.

Cependant, comme si rien ne devait être parfaitement clair dans cette matière difficile du recel, la Cour de cassation, tout en consacrant aussi nettement que possible le droit à l'allocation distincte de dommages-intérêts, dit que les juges peuvent allouer un « complément d'indemnité ». Pourquoi *complément*? Le capital restitué en vertu des dispositions de l'article 1477 serait-il déjà une indemnité? Ce ne serait donc pas une véritable peine et l'action de l'article 1477 ne serait plus l'action purement pénale que nous avons cru?

La jurisprudence n'est certainement pas encore fixée sur cette délicate question d'allocation supplémentaire de dommages-intérêts. Les tribunaux, selon le désir qu'ils ont de les accorder ou de les refuser, affirment, avec la même tranquillité, que l'action en recel est une action ayant pour but unique l'application d'une peine ou, au contraire, une action en réparation de préjudice.

Dans l'ensemble, c'est cette seconde conception qui paraît avoir les préférences de la jurisprudence contemporaine. Mais, en ce qui concerne l'allocation de dommages-intérêts, c'est, au contraire, la notion pénale qui semble actuellement l'emporter.

*3° Si les prélèvements effectués à titre de reprises
peuvent porter sur les biens divertis*

Notre Ancien Droit a bien connu, au moins dans sa dernière période, cette controverse, à laquelle prirent part les grands jurisconsultes du 18^e siècle, les Lebrun et les Bourjon, notamment.

Cette question se posa également devant notre jurisprudence moderne et, outre l'intérêt matériel et immédiat qu'elle présente pour le coupable, elle offre un réel intérêt doctrinal. Permettre à l'époux spoliateur de faire porter ses prélèvements sur les biens qu'il a recelés, ou, au contraire, lui refuser ce droit, c'est prendre par cela même, parti sur le point de savoir si le recel qu'il a commis est un délit véritable donnant lieu à l'application d'une « véritable peine », ou si c'est une simple action en réparation de préjudice.

En effet, si l'on refuse au coupable, créancier de reprises, de faire porter ses prélèvements sur les effets divertis, c'est que l'on considère ces effets comme sortis de la communauté et attribués à l'époux lésé à titre de réparation; c'est reconnaître que l'action de l'article 1477 est une action civile en réparation et que la privation de part édictée par ledit article comprend à l'avance et à forfait les dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé par l'époux spoliateur.

Au contraire, permettre au coupable de prélever ses reprises sur les biens recelés, c'est admettre qu'ils ne sont pas sortis de la communauté, qu'il n'y a pas attribution privative à l'époux lésé, et que la sanction de l'article 1477 est une peine véritable.

Là, comme en matière de dommages-intérêts, nous allons voir les Tribunaux consacrer alternativement l'une ou l'autre thèse, sans donner toujours de bonne raison juridique à l'appui de solutions que les éléments de fait expliquent la plupart du temps.

La question fut posée dans toute son ampleur dans une affaire Geneste, en 1840.

L'époux avait tenté de s'emparer de valeurs communes, puis un notaire fut commis par le Tribunal de Sarlat, pour procéder à la liquidation. Il opéra de la manière suivante :

Il partagea les biens communs — moins ceux sur lesquels le recel avait porté — en deux parties égales. Il affecta la moitié du passif à chacune de ces portions et réserva les objets sur lesquels avait porté le recel, pour les attribuer, francs et quittes de toutes dettes, aux héritiers de l'époux lésé (en l'espèce la femme).

Le mari protesta contre cette liquidation et soutint que la portion supplémentaire attribuée aux héritiers de la femme devait supporter sa quote-part de passif.

Mais, par jugement du 10 août 1840, le Tribunal de Sarlat homologuait le travail du notaire. Il considérait par là même que les biens divertis sortaient de la communauté et étaient attribués, à titre de réparation, à l'époux lésé. Cela revenait à faire de l'action de l'article 1477 une action en dommages-intérêts.

Sur appel, la Cour de Bordeaux décidait que le partage des dettes devrait se faire sans tenir compte des dispositions de l'article 1477. L'exécution de ces dispositions, disait la Cour, « ne peut autoriser à imposer au-delà de la moitié des dettes à l'époux investi par la loi de la totalité des effets divertis », ce qui signifiait qu'il recevait ces effets divertis francs et quittes de toutes dettes. Confirmation du jugement de Sarlat : 20 février 1841. — S. 1841.2.327.

Selon l'annotateur anonyme du *Sirey*, « cette décision n'avait aucun précédent dans la jurisprudence ». L'époux spoliateur, disait-il, subissait ainsi une double peine : 1° la privation de part dans les effets recelés; 2° l'obligation de payer une part des dettes proportionnellement plus forte que la portion de biens qu'il prend dans la communauté. Et l'auteur de la note estimait que le sens de l'article 1477 n'est point celui dans lequel l'a interprété l'arrêt de Bordeaux : en effet, dit-il, il faut, pour respecter la volonté du texte, priver l'époux coupable de « sa » part, c'est-à-dire de la moitié de la valeur de l'objet recélé, moins la part contributive des dettes afférentes à cette valeur. La part, c'est évidemment l'actif net et non l'actif brut, pour parler le langage des comptables.

La conception de l'arrêt de Bordeaux répond, nous l'avons dit, à une notion toute civile du recel. Ce n'était pas, dans l'ensemble, la tendance de la jurisprudence dans cette période du 19^e siècle. Mais, nous savons que cette considération est de peu de poids pour la détermination des solutions de la pratique.

Au reste, les motifs des jugements ou des arrêts semblent fort bien concilier, au moins verbalement, l'attribution exclusive des biens divertis à titre de réparation et le caractère purement pénal qu'ils découvrent dans la sanction des articles 792 et 1477.

C'est ce qui ressort d'un jugement du Tribunal de Troyes, en date du 19 décembre 1860, rendu dans l'affaire Billiotte, dont nous avons longuement parlé.

La Cour de Paris, infirmant, par arrêt du 11 février 1860, un jugement de Troyes, avait condamné solidairement Billiotte père et fils à rapporter les valeurs par eux diverties. « Par une conséquence nécessaire, disait le tribunal, le paiement des dettes ne peut grever la somme rapportée, sur laquelle le sieur Léautez et la dame Moreau ont un droit privatif; décider autrement, ce serait porter atteinte à la règle générale posée par les articles susvisés et affaiblir la sanction pénale qu'ils renferment... »

Attribution exclusive à titre de réparation du préjudice causé et sanction pénale contenue dans les articles 1477 et 792, telles sont les deux idées qui apparaissent dans les motifs du jugement de Troyes.

Sur appel, la Cour de Paris ne consacrait que la thèse de l'attribution exclusive à titre de dommages-intérêts. « ...Des termes de l'article 792 et de l'article 1477, il résulte qu'en cas de divertissement..., les valeurs détournées doivent être considérées, à l'égard des auteurs du recel, comme ne faisant pas partie de la succession... De ces principes, conclut la Cour de Paris, il ressort que les biens divertis ne doivent être employés ni au paiement des dettes, dont chaque héritier demeure tenu dans la proportion de ses droits dans la succession, ni à l'exécution des libéralités réclamées, soit par l'époux, soit par l'héritier spoliateur... » : 26 mars 1862. — S. 1862.2.391.

Conception toute civile : les valeurs recélées sont considérées comme ne faisant plus partie de la communauté à l'égard du coupable; elles sont attribuées à la personne lésée franches et quittes, à titre de réparation, et l'article 1477, de ce fait, devient un texte qui crée une action civile, comportant à l'avance et à forfait une évaluation des dommages-intérêts.

Mais, dans une affaire Dauteuille, où il s'agissait d'une création de dette fictive par le mari, le Tribunal de la Seine ne faisait jouer l'attribution exclusive, en faveur de la femme lésée, que sur « l'actif net de la communauté », c'est-à-dire déduction faite des dettes. Donc la part attribuée à la femme supportait sa portion de dettes, comme tous les éléments d'actif de la communauté.

La femme fit appel de ce jugement, demandant, en particulier, à toucher d'abord la moitié de l'actif commun, puis, en plus, la somme divertie, à prendre sur la part revenant au mari dans la communauté, et, en cas d'insuffisance de la part du mari, sur le montant des reprises de celui-ci.

La dame Dauteuille demandait, en somme, à la Cour, de faire

application de la conception qu'elle avait consacrée en 1862, et de lui attribuer, franche et quitte, la portion divertie, considérée comme ne faisant plus partie de la communauté.

Cette fois, la Cour refusa. Elle considéra qu'au « moyen du prélèvement ordonné par les premiers juges, avec attribution du montant de ce prélèvement au profit de l'appelante, Dauteuille sera privé de sa portion dans les 9.000 francs (divertis) dont s'agit; que cette mesure satisfait aux prescriptions de la loi et que l'appelante ne peut demander davantage... » : 22 juillet 1863. — S. 1863.2.225.

Il y avait toujours attribution exclusive, mais non plus mise hors de communauté des biens divertis. Ceux-ci supportaient dès lors leur quote-part des dettes communes. Et la privation devenait, pour l'époux spoliateur, une peine véritable; il ne s'agissait plus de réparation de préjudice, ni d'action civile.

La Cour de Paris revenait bientôt à sa conception toute civile, affirmant que les valeurs diverties sont, à l'égard de l'époux spoliateur, hors de la communauté. Mais, le Tribunal de la Seine n'en avait point jugé ainsi et avait fait prévaloir un système intermédiaire entre celui du 26 mars 1862 et celui du 22 juillet 1863. Affaire Hébert : Paris, 20 août 1863 — S. 1863.2.225.

La Cour de Paris, confirmant un jugement du Tribunal de la Seine, avait, le 28 mai 1862, rendu un arrêt aux termes duquel le sieur Hébert était déclaré coupable d'avoir recélé des valeurs de la communauté ayant existé entre lui et sa femme, pour une somme de 59.061 fr. 75. La masse active était alors fixée à 191.489 fr. 12, y compris les valeurs détournées, la masse passive à 182.847 fr. 75, composée comme suit : 1° dettes de communauté : 11.750 fr. 89 ; 2° reprises de la femme : 19.097 fr. 06 ; 3° reprises du mari : 152.000 francs. Ce qui réduisait l'actif net à 8.641 fr. 80.

Le notaire liquidateur attribua à la femme : la moitié dudit actif net, soit 4.320 francs 90 ; 2° le montant de ses reprises, soit 19.097 fr. 06 ; 3° la part du mari dans les valeurs détournées, soit 29.530 fr. 87, valeurs qui étaient donc considérées comme faisant partie de la communauté, puisqu'elles entraient en ligne de compte pour le paiement des dettes et que la moitié en était attribuée à la femme, après paiement de ces dites dettes.

Comme il fallait s'y attendre dans une matière aussi mouvante, le travail du notaire fut contesté tant par le mari que par la femme.

La dame Hébert, comme la dame Dauteuille dans l'espèce précé-

dente, se réclama de la jurisprudence de 1862. Elle soutint que la totalité des valeurs détournées — et non seulement la moitié — devait lui être attribuée, et non pas après calcul de l'actif net de la communauté, mais bien avant tout partage et paiement des dettes : attribution de dommages-intérêts, en somme. Dans l'espèce, un tel procédé aboutissait, après cette attribution et paiement des dettes, à laisser un actif net insuffisant pour permettre aux deux époux de prélever intégralement leurs reprises. La femme demandait donc, conformément aux dispositions de l'article 1471, de prélever les siennes par préférence. Ses droits auraient été ainsi portés de 52.948 fr. 50 à 78.158 fr. 81.

Le sieur Hébert refusait de tenir compte des sommes à prélever à titre de reprises. Il disait : la masse partageable est réduite à 8.641 fr. 80 (l'actif net). S'il doit être privé de quelque chose, c'est de sa part dans cette somme. En effet, ajoute-t-il : l'article 1477 ne prive l'époux que des droits qu'il peut avoir sur les biens recelés qu'en tant que commun, mais non des droits qu'il peut avoir sur eux comme propriétaire ou comme créancier ; de plus, le législateur a visiblement voulu que la peine fût égale au préjudice qui aurait été subi : il se serait borné, pour la dame Hébert, à la perte de sa part dans la somme de 8.000 francs qui est seule à partager. Le sieur Hébert demandait, en conséquence, que les droits de la dame Hébert fussent réduits à l'actif net, où elle prenait sa part et celle de son mari, et à ses reprises, soit 27.738 fr. 86.

Le Tribunal de la Seine, soucieux de faire œuvre originale, n'admit ni le système du notaire, ni celui du mari, ni celui de la dame Hébert, ni celui qu'avait adopté la Cour de Paris, soit en 1862, soit en 1863.

« La moitié seulement des effets de communauté divertis, soit la somme de 29.530 fr. 87, aurait dû être distraite de la masse active, dit le tribunal, pour être attribuée à la femme Hébert hors partage et franche et quitte, tant des dettes de communauté que des reprises de son mari. » Pour le tribunal de la Seine, le recel a pour effet de faire sortir de la communauté, non plus — comme dans l'arrêt de 1862 — les objets divertis, mais la moitié de leur valeur, celle qui aurait été la part de l'époux spoliateur. Quant à l'autre moitié, le tribunal décide qu'elle « aurait dû rester intégralement soumise, comme le surplus de l'actif, non seulement à l'acquit du passif proprement dit, mais encore à l'exercice des reprises de Hébert ».

La raison, le tribunal prétend la trouver dans l'esprit de l'article 1477 et dans les motifs du législateur. « La dérogation apportée par

l'article 1477 aux règles de l'égalité dans les partages, poursuit le jugement, doit être renfermée dans de strictes limites; les motifs donnés à cette dérogation par les rédacteurs du Code Napoléon ont été que ce ne serait point assez faire que d'obliger l'époux recéleur à rapporter à la masse ce qu'il avait voulu lui dérober et qu'il était juste de le priver du droit de prendre part dans l'effet rapporté ou dans sa valeur; que, dans ce cas, les droits de l'autre époux sont de deux natures et prennent un caractère différent, suivant qu'ils s'exercent sur l'une ou l'autre moitié des valeurs détournées; qu'ainsi la part dont l'article 1477 prive l'époux qui a fait fraude à la communauté lui est *enlevée à titre de peine* et est *dévolue* à son conjoint *comme la juste réparation* du dommage auquel cette fraude l'avait exposé; que, dès lors, cette première moitié des valeurs diverties n'étant point recueillie à titre de partage de communauté, ne doit subir aucune des réductions qui auraient ce partage pour cause, telles que les reprises de l'un ou l'autre époux, ou même l'acquit des dettes de communauté. » —

Le Tribunal de la Seine, nous le voyons, unit les deux idées de peine et de réparation, avec plus de précision que ne l'avait fait, naguère, le Tribunal de Troyes. La peine, c'est la privation que subit l'époux spoliateur; la réparation, c'est l'attribution de la part enlevée au coupable à celui que le recel aurait lésé. Cette part est égale à la moitié des valeurs diverties. Elle est réputée hors de la communauté, même à l'égard des créanciers communs.

Sur l'autre moitié des valeurs recélées, le conjoint que le recel aurait lésé n'a que son droit habituel de co-partageant, « par application de l'article 1477; en effet, cette seconde part n'ayant point perdu, comme la première, son caractère de biens de la communauté, doit rester soumise aux charges et prélèvements du partage, sans qu'on doive distinguer notamment entre les reprises de l'époux qui a commis le détournement et celles de son conjoint. »

Et le jugement concluait « que le détournement commis par Hébert avait exposé sa femme à contribuer à l'acquit du passif sur les valeurs non diverties pour une somme de 29.530 fr. 87 de plus qu'elle n'aurait dû le faire; que, dès lors, c'est seulement dans cette proportion que la femme Hébert doit être exonérée des charges de communauté; Par ces motifs : Ordonne que le nouvel état de liquidation sera rectifié..., le total des droits de la femme Hébert sera fixé à la somme de : 48.627 fr. 93 au lieu de 52.948 fr. 52 ».

Les deux parties firent appel.

L'arrêt de la Cour de Paris commençait par poser le principe du caractère pénal de la disposition de l'article 1477 : « Cette sanction pénale, lisons-nous, répressive de la fraude dont s'est rendu coupable l'époux spoliateur, doit recevoir, en tous cas, au regard de ce dernier, sa pleine et entière application, quels que puissent être les résultats de la liquidation à intervenir. »

Se plaçant sur le terrain de la déchéance vis-à-vis de l'époux coupable, la Cour parvenait à un système différent de celui qu'avait consacré le tribunal.

« La déchéance prononcée contre le mari auteur du détournement est définitive et absolue et il doit, dès lors, être privé de tous les droits qu'à différents titres, et notamment pour compléter ses reprises, il aurait pu exercer sur les valeurs par lui détournées ».

La Cour ne s'occupe donc pas pour l'instant de réparer le préjudice subi par l'époux victime et de lui attribuer la moitié ou la totalité des effets divertis avant ou après paiement des dettes; elle évite ces difficultés en se plaçant du point de vue de l'époux spoliateur. Une seule condition doit être remplie, dit-elle : assurer sa déchéance comme le veut la loi. Donc, « privé irrévocablement de la portion qui lui serait personnellement revenue dans les objets divertis, l'époux auteur de la spoliation ne saurait être fondé à prétendre que la contre-partie nécessairement afférente à son conjoint dans lesdits objets doit être comprise dans la masse active de la communauté; la pensée du législateur a été de faire supporter à l'auteur du recel tout le préjudice qu'il aurait causé à son conjoint si la fraude n'eût pas été découverte. »

Le résultat de cette volonté si nette de répression pénale est le même que si la Cour, comme en 1862, se fût attachée uniquement à la réparation du préjudice subi par l'époux victime de la spoliation. Poursuivons, en effet, la lecture de l'arrêt : « Il en résulte, dit la Cour, que les effets divertis doivent être considérés comme étant hors de la communauté et que, sous la réserve des droits des tiers, le conjoint de l'époux spoliateur ou ses représentants ont un droit exclusif à la totalité desdits effets qui leur sont affectés hors partage. »

Il est difficile d'être plus net, tant dans l'affirmation que l'on veut avant tout punir l'époux coupable que dans la mise hors communauté des effets divertis, ce qui correspond à la conception diamétralement opposée.

La Cour infirmait donc le jugement et ordonnait « que les valeurs détournées ne figureraient pas dans la masse active de la communauté

et seraient attribuées à la femme Hébert franchises et quittes des reprises de son mari. »

Dans la jurisprudence qui tend à devenir celle de la Cour de Paris, les effets divertis sont donc hors communauté et l'époux spoliateur ne peut faire porter sur eux ses reprises.

Les notaires liquidateurs continuaient cependant d'opérer selon leur bon plaisir.

Ainsi, dans une affaire Roullin, où le mari avait été reconnu coupable de recel par un jugement passé en force de chose jugée, le notaire commis pour liquider la communauté fit porter les reprises dudit Roullin sur les sommes par lui diverties.

Mais, sur réclamation des héritiers de la dame Roullin, le Tribunal du Mans jugeait que cette manière de procéder du notaire liquidateur était « contraire à la lettre et à l'esprit de l'article 1477 ». « En effet, disent les premiers juges, les reprises sur les valeurs de la communauté sont une portion que la loi attribue à l'époux dans cette communauté, portion qu'il ne peut prendre, évidemment, sur les effets par lui divertis ou recelés ».

C'est la solution de la Cour de Paris dans l'affaire Hébert : les effets recelés sont hors communauté et soustraits aux reprises de l'époux spoliateur. 23 juin 1863.

Sur appel par Roullin, la Cour d'Angers précisait la notion de privation de part. « L'article 1477, dit la Cour, est applicable à tout ce qui fait la matière du partage, aux reprises que les époux peuvent avoir à exercer, comme à leur participation dans le boni qui résulte de la liquidation; qu'aussi, ses termes sont généraux et ne limitent point la privation prononcée à la part du recéleur dans ce boni seulement ; que l'article se sert de ces mots : sa portion dans les effets recelés; or, sa portion se constitue, non seulement de sa part dans le boni, mais encore de ses droits de reprises qu'il exerce, par voie de prélèvement, sur la moitié de la communauté, aux termes des articles 1470, 1471, 1472, 1473, et l'article 1474 ajoute : après que tous les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié; attendu qu'on ne saurait diviser ces opérations et restreindre au partage du boni les effets de l'article 1477... »

La Cour établit donc tout d'abord que la privation doit porter sur tout ce que l'époux spoliateur pourrait recueillir en qualité d'époux commun en biens. Le législateur, en d'autres termes, a entendu le priver même de ses reprises.

Comme conséquence, « la doctrine et plusieurs arrêts ont admis, rappelle la Cour d'Angers, que le recel faisait sortir les effets recelés de la communauté, sauf les droits des tiers. »

Et la Cour confirmait le jugement entrepris : 26 août 1863 — S. 1863.2.225.

Cette mise hors communauté des biens divertis, à l'égard de l'époux spoliateur avait été soutenue, pour la première fois, on l'a vu, par la Cour de Bordeaux, dans une affaire Geneste, en 1840. Elle n'avait pas été admise sans difficultés par la jurisprudence parisienne.

Pendant, cette thèse était abandonnée par la même Cour de Bordeaux, dans une affaire Couleys, en 1864.

Le notaire liquidateur, contrairement à ce qui s'était passé dans l'affaire Roullin, avait distrait de la masse active, avant le prélèvement du passif, la somme qui avait été détournée par le sieur Couleys.

La Cour de Bordeaux condamna formellement cette manière d'opérer. Contrairement à ce qui avait été jugé à la Cour d'Angers, l'année précédente, elle disait que si, aux termes de l'article 1477, « l'époux qui a diverti ou recelé des effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets, cette disposition de la loi doit être entendue en ce sens qu'il ne doit pas prendre part au partage de ces effets après le prélèvement des dettes et charges de la communauté, tant envers les deux époux qu'envers les tiers. »

Cela signifie que l'époux spoliateur ne doit pas avoir part à ce que la Cour d'Angers a appelé, d'une façon imagée, le boni. Mais, il ne serait point privé des autres effets qui doivent lui revenir en qualité d'époux commun en biens, en particulier de ses reprises.

Au reste, la Cour de Bordeaux le précisait : la somme divertie, disait-elle, « doit rester dans la masse active et servir au paiement des reprises de Couleys ». Si, après ces prélèvements, il reste « un émolument net », alors la dame Couleys recevra avant tout partage la somme divertie, mais en ce cas seulement. 16 février 1864 — S. 1864.2.160.

Mais, la Cour de Cassation n'allait pas tarder à se prononcer. Elle fut saisie d'un pourvoi en cassation de l'arrêt rendu, le 20 août 1863, par la Cour de Paris, dans l'affaire Hébert.

Le pourvoi était fondé sur la violation des articles 1470, 1474 et 1477, en ce que l'arrêt attaqué avait décidé que les biens recelés seraient considérés comme étant hors communauté et seraient attribués

à l'époux victime francs et quittes de toutes dettes et charges de la communauté.

A l'appui du pourvoi, le sieur Hébert faisait valoir « l'économie de la loi relativement au partage de l'actif de la communauté ». Il raisonnait ainsi : 1° l'article 1470 règle la question des prélèvements faits par chaque époux avant tout partage; 2° l'article 1474 établit le partage par moitié; 3° les exceptions à la règle du partage par moitié sont prévues aux articles 1475 et 1477. A propos de ce dernier texte, « on doit remarquer que le législateur ne dit point que l'époux est privé de sa part d'une manière absolue et quel que soit le résultat de la liquidation, des objets détournés, il ne dit pas que l'autre époux pourra prélever ces objets avant l'exercice des reprises, et francs de dettes et charges. »

En somme, du silence du législateur dans l'article 1477, le pourvoi tirait un argument qui était exactement le contraire de celui qui avait entraîné la décision de la Cour d'Angers dans l'affaire Roullin en 1863.

Il y eut une délibération en Chambre du Conseil.

Puis, la Cour rendit l'arrêt suivant :

« En ce qui touche le point de savoir si l'époux qui a recélé des effets de la communauté doit être soumis aux dettes comme s'il profitait desdits effets;...

« Mais, quant à l'exercice du droit de reprises :

« Vu les articles 1470, 1474 et 1477, C. Nap. ;

« Attendu que, sous l'ancienne jurisprudence, l'époux coupable de recélé était privé de sa moitié dans les effets de la communauté qu'il avait divertis; Que, néanmoins, il pouvait, en cas d'insuffisance de l'actif, exercer ses reprises sur lesdits effets; Qu'on le décidait ainsi pour ne pas aggraver la peine qui lui était infligée par la loi; Que les mêmes règles doivent être appliquées sous le Code; Que c'est ce qui résulte de l'ensemble des dispositions du paragraphe intitulé *du partage de l'actif de la communauté* ; Qu'en effet, c'est après avoir obligé, par l'article 1468, les époux à rapporter à la masse des biens existants tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté, après avoir déterminé, dans les articles 1470 et suivants, les reprises qu'ils ont à exercer sur ces biens, et après avoir disposé, par l'article 1474, que, quand tous les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux ou leurs représentants, que le législateur apporte deux exceptions au partage égal de

ce qui reste dans la masse : l'une, par l'article 1475, l'autre, par l'article 1477, qui prive l'époux recéleur de sa portion dans les effets qu'il a divertis;

Que, dès lors, l'arrêt attaqué n'a pas pu, sans contrevenir aux articles ci-dessus visés, décider que la peine du recélé doit recevoir, en tous cas, sa pleine et entière exécution, quels que soient les résultats de la liquidation à intervenir, que l'époux recéleur doit être privé de tout droit sur les effets divertis, même pour compléter ses reprises, que ces effets doivent être considérés comme étant hors la communauté, et qu'ils doivent être attribués en totalité, hors partage, francs et quittes des reprises de l'époux auteur du recélé, au conjoint au préjudice duquel il a été commis...

« Casse... »

Nous remarquons que le principal motif de cassation est celui tiré de « l'économie de la loi », qui figurait à l'appui du pourvoi, c'est-à-dire un argument de texte.

Non qu'il n'y en ait point d'autre, en particulier celui fondé sur l'idée de ne pas aggraver la situation du coupable pour le cas où l'actif serait insuffisant pour le remplir de ses reprises. Du 10 janvier 1865 — S. 1865.1.40.

L'action en recel était donc, pour la Chambre Civile, une action purement pénale, ce qui correspondait à peu près aux tendances de l'époque sur l'ensemble de la question.

Mais, il ne faut pas oublier que, sur le premier chef — contribution aux dettes de l'époux coupable — la Cour avait décidé que l'application de l'article 1477 ne saurait en rien modifier la part que prend aux dettes l'époux spoliateur. Par ce côté, l'arrêt revient à la notion civile de dommages-intérêts. L'exemple venait d'en haut...

L'arrêt de la Chambre Civile fit jurisprudence.

Dans une affaire Dujay-Ségoffin, la Cour d'Amiens juge qu'on ne peut priver l'époux spoliateur du droit d'exercer ses reprises sur les sommes recélées qu'il est condamné à rapporter : 2 juin 1869 — S. 1870.2.205.

La Cour de Paris elle-même revenait à sa jurisprudence de juillet 1863 et décidait, dans une affaire Charpentier, que l'époux coupable pourrait exercer ses reprises sur les biens par lui divertis.

D'ailleurs, le Tribunal de Melun en avait déjà ainsi jugé, en première instance : 3 juin 1870 :

« Autoriser le prélèvement des sommes détournées avant l'exercice des reprises, disait-il, ce serait aggraver la peine infligée par la loi au recéleur... »

La Cour de Paris, sur appel, disait également :

« ...lorsque la loi dit que l'époux est privé de sa portion, cela ne peut s'entendre que de la part qu'il aurait à recueillir dans l'actif net de la communauté, c'est-à-dire dans l'actif, prélèvement fait des reprises... » 19 juillet 1872 — S. 1873.2.224.

C'est encore à la jurisprudence de la Cour de Cassation que se rattachait un jugement du Tribunal de la Seine, rendu le 27 janvier 1883, dans une affaire Arbogast — Gaz. Pal. 1883, 456.

« ...lors même qu'elle (la dame Arbogast) aurait opéré ce détournement, dit ce jugement, elle n'en aurait pas moins le droit de réclamer le montant de ses reprises, aux termes d'une jurisprudence constante; la pénalité édictée par l'article 1477 ne doit être appliquée, selon cette jurisprudence, que sur la part de l'époux recéleur dans le reliquat des valeurs de la communauté, après le prélèvement respectif des reprises des deux époux... » (C'est le boni de l'arrêt d'Angers dans l'affaire Roullin).

La Cour de Dijon admettait également que l'époux spoliateur pût faire porter les prélèvements exercés à titre de reprises sur les biens par lui recélés : affaire Cousin-Jeannin.

« Attendu, lisons-nous, que les termes de l'article 1477, la place qu'il occupe et l'esprit qui l'a dicté indiquent clairement que la femme commune en biens a incontestablement le droit d'exercer ses reprises, même sur la totalité des effets de communauté qu'elle a divertis ou recélés...; qu'à cet égard, la place qu'occupe l'article 1477 éclaire complètement son texte; que, se trouvant inscrit au titre *Du partage de l'actif* et à la suite des articles qui règlent la composition et le partage de cet actif, il est bien évident qu'il ne vise que la portion de cet actif qui serait advenue à la femme, comme représentant ses droits à la communauté; d'où il suit que la peine qu'il inflige à l'époux recéleur ne peut porter atteinte qu'aux droits qui dérivent pour lui de sa qualité de membre de la communauté et non de ceux qu'il tient de titres étrangers à la communauté... »

C'est à peu près par ce raisonnement que le tribunal du Mans, puis la Cour d'Angers avaient justifié la solution contraire.

Mais, la Cour de Dijon fait encore valoir le double but de peine et de réparation que le législateur s'est proposé en édictant l'article 1477;

« *Punir* l'auteur du divertissement, en lui enlevant le bénéfice de sa mauvaise action ; *Indemniser* ses co-partageants du préjudice qu'il leur a causé... »

Or, poursuit l'arrêt, ces dits co-partageants « n'ayant de droit acquis que sur l'actif, c'est-à-dire sur ce qui reste après que les dettes ont été payées et les prélèvements de chacun des époux effectués, ne sont pas fondés à se plaindre de voir la femme exercer ses reprises sur les objets qu'elle a détournés, puisque ces objets ne peuvent entrer dans l'actif que lorsqu'elle a fait ses prélèvements. »

Ces objets sont donc hors communauté ? Pourquoi ? Cette conception a pourtant été formellement condamnée par la Cour de Cassation, de la jurisprudence de laquelle la Cour de Dijon prétendait se réclamer.

Mais, la Cour donne encore un argument, que notre ancien droit avait connu :

« Interdire à la femme d'exercer ses reprises sur les objets qu'elle a divertis, ce serait diminuer son patrimoine personnel, en lui enlevant des effets sur lesquels, en sa qualité de créancière, elle a un droit exclusif, antérieur à l'ouverture de la succession, non commun avec son conjoint; tandis que cette interdiction aurait pour résultat d'enrichir d'une façon illégitime le patrimoine de son conjoint de tout ce dont sa fortune personnelle serait diminuée, alors que la loi n'a voulu qu'une chose : c'est que la portion de l'époux recéleur vînt seulement accroître la part de l'époux dépouillé, qu'il y a donc lieu d'ordonner qu'à défaut de pouvoir se remplir ailleurs du montant de ses reprises, la veuve Jeannin les exercera jusqu'à due concurrence sur les sommes diverties de l'actif de la communauté ». Du 3 mars 1886 — Gaz. Pal. 1886.1.774.

D'autres Cours d'Appel se ralliaient au système de la Cour Suprême.

Dans une affaire Fleury, la Cour de Douai — auprès de laquelle la conception pénale du recel avait toujours été en honneur — décidait « que l'article 1477 n'a point pour conséquence de soustraire les effets recelés à l'exercice des reprises de l'époux recéleur, en cas d'insuffisance des autres valeurs de la communauté; que la pénalité qu'il édicte ne peut recevoir d'application qu'au moment où intervient, conformément à l'article 1474, le partage des biens communs, c'est-à-dire après que chaque époux a exercé sur la masse de ces biens, constituée dans les formes prescrites par les articles 1468 et 1469, les prélèvements spécifiés en l'article 1470; que, jusqu'à ce partage, les effets recelés

doivent rester dans l'actif pour servir, s'il y a lieu, aux reprises réciproques des époux... ». 19 mai 1892 — Rec. Douai, 1892, 153.

La Cour de Dijon, tout en donnant une solution identique à celle de Douai, décidait, non pas que les effets recelés demeurent dans l'actif jusqu'après exercice des prélèvements, mais, au contraire, qu'ils n'y entrent qu'après que les époux ont fait leurs prélèvements. Néanmoins la Cour de Douai et celle de Dijon sont d'accord sur le résultat; les mauvais esprits seuls pourront les en critiquer.

En somme, la jurisprudence moderne tend à admettre que l'époux spoliateur peut faire porter ses prélèvements même sur les objets diversifiés. Cela revient à considérer qu'ils demeurent dans la communauté jusqu'après la liquidation. L'action en recel serait, dans cette conception, une action pénale.

Les arrêts, nous l'avons remarqué assez souvent, prennent parfois position sur la nature de l'action. Ils parlent de délit, de répression, de sanction pénale, ou, au contraire, de dommage, de réparation, d'action civile.

Ces termes qui figurent dans les motifs sont intéressants pour l'historien de la jurisprudence, mais ils ne peuvent rien faire préjuger du point de vue doctrinal.

En effet, dans ce paragraphe même, nous avons noté que des solutions pratiques semblables étaient fondées sur des motifs, non seulement différents, mais encore s'excluant les uns des autres, notamment, les arrêts de Dijon et de Douai, que nous venons d'étudier.

Nous allons, cependant, pour terminer ce chapitre consacré à la sanction du recel, passer en revue les solutions dans lesquelles est mentionné, soit le caractère pénal, soit le caractère civil de l'action en recel.

4° *Cas dans lesquels les tribunaux ont consacré in terminis l'une ou l'autre des conceptions touchant la nature de l'action en recel*

Les premières décisions judiciaires qui suivirent la codification s'attachent exclusivement aux caractères matériels du recel et il n'est pas rare de voir les tribunaux raisonner comme s'il s'agissait d'un véritable délit pénal. Cela ressort des mots employés dans les motifs ou les considérants.

C'est, le 6 mars 1810 — S. Chron. — la Cour de Paris qui estime, dans une affaire Pouille-Chréten, « que la disposition pénale

de l'article 1477 ne peut être étendue des cas exprimés par la loi aux cas non prévus par elle... »

Puis, c'est la Cour de Montpellier — 2 mai 1812 — et, sur pourvoi, la Chambre des Requêtes — 20 décembre 1815 — qui décident que, « s'agissant de conviction de recèlement..., il n'y a pas lieu à l'application des articles du Code Civil concernant la solidarité; que le principe consacré par l'article 55 de la loi du 18 février 1810 (le Code Pénal) domine en pareille matière... ». La raison, c'est que le « recèlement » constitue « une espèce de dol et de délit » : Aff. Albert. — D. Rép. V^o Succ., n^o 647.

La Cour de Colmar, dans l'affaire Nuffer, dont il a déjà été question, jugeait de même que « la disposition pénale de l'article 1477 ne porte que sur la portion afférente à celui qui a commis le recélé, que, par cela même, on ne peut pas l'étendre au droit d'usufruit légué... » 29 mai 1823 — S. 1823.2.351.

Puis, à propos de l'administration de la preuve, la Cour de Caen, dans un arrêt du 6 novembre 1827 — S. Chr. — aff. Jennet — rappelait le caractère de « disposition pénale » de l'article 792.

A cette époque intervient le fameux arrêt Gémond, que nous avons assez longuement étudié en différents passages de nos développements. Pour la première fois, l'idée pénale, qui dominait jusqu'à présent notre jurisprudence, s'efface devant une notion beaucoup plus large. La solution qui est donnée marque également une différence très nette avec celles qui prévalaient depuis un quart de siècle.

La Cour de Paris infirme, par arrêt du 14 janvier 1831, un jugement du Tribunal de la Seine imprégné de la conception pénale. La Cour ne va pas jusqu'à dire que les dispositions des articles 792 et 1477 sont purement civiles et ont pour but de permettre la réparation du préjudice subi par le recel. Mais, elle fait appel à la *ratio legis*, en termes non équivoques. « Le but du législateur, dit l'arrêt, a été de réprimer et de punir la fraude (encore une idée pénale, au moins dans les mots) qui aurait été tentée par l'un des successibles...; qu'il importe seulement de savoir si le divertissement a été fait en vue du décès et pour spolier la succession... » — S. 1831.2.210.

Le mois suivant, cette thèse était consacrée, dans une affaire de Villebrun, par la Chambre des Requêtes. L'arrêt considère que, s'il y a lieu, les soustractions commises par le cohéritier spoliateur donneront ouverture à l'action publique contre lui. Mais, en outre, les tribunaux peuvent être amenés à prononcer des « réparations civiles ».

Quelles seront ces réparations ? Précisément la privation de part des articles 792 et 1477 : 22 février 1831 — S. 1831.1.273.

Remarquons que la punition demeure au premier plan des préoccupations des arrêts.

Il a été question de punir dans l'arrêt de la Chambre des Requêtes de 1831. L'année suivante, sur un pourvoi formé en cassation d'un arrêt de Paris, dans une affaire Boutet, la Chambre des Requêtes dit encore que la loi a eu en vue de « punir la fraude ». 16 février 1832 — S. 1832.1.269.

Mais, un arrêt très net de la Cour de Paris, rendu dans une affaire X., amenait la Chambre des Requêtes à préciser sa position vis-à-vis des deux idées antagonistes.

Le 24 juin 1843, la Cour de Paris jugeait que « l'action (en recel) ne dérive pas d'un délit, mais d'un quasi-délit, dont la réparation peut être demandée tant que dure l'action civile... » — S. 1843.2.331. — « Quasi-délit », « réparation », « action civile » sont des expressions qui marquent bien la conception que la Cour de Paris se faisait du recel; conséquence normale et nécessaire de la solution donnée en 1831.

Sur pourvoi, la Chambre des Requêtes abondait dans le sens de l'arrêt attaqué.

« En droit, disait-elle, du détournement prévu par l'article 1477, ne résulte nullement une action pénale proprement dite, mais une action purement civile tendant à la réparation du préjudice causé par le détournement, réparation dont le législateur a fixé lui-même les limites dans ledit article 1477... ». 4 décembre 1844 — S. 1845.1.191.

Cependant des Cours d'Appel persistent dans leur fidélité à la conception pénale.

La Cour d'Agen, en termes assez peu clairs, juge que « des faits de ce genre (recel) s'élèvent à la gravité d'un délit (sic) et doivent entraîner des conséquences assorties à cette gravité... » 6 janvier 1851 — S. 1851.2.680.

La Cour de Riom déclare également « qu'en édictant l'article 792, le législateur a eu pour but de réprimer et de punir la fraude... » 10 avril 1851 — S. 1851.2.565.

Et alors interviennent les célèbres arrêts de 1855, qui, renversant la doctrine élaborée par la Cour Suprême en 1832 et 1844, donnent

une vigueur nouvelle aux idées pénales qui, nous venons de le voir, n'avaient jamais complètement disparu de notre matière.

Si, dans l'arrêt du 6 novembre 1855 — affaire Caradec — la Chambre Civile ne consacre pas *in terminis* la conception pénale qui se dégage de la solution qu'elle donne, dans l'affaire Leuilleux, jugée le 13 novembre suivant, elle déclare expressément que l'article 792 a pour objet de punir « les détournements que les héritiers pourraient commettre des effets de la succession, détournements qui, soit à l'égard des autres héritiers, soit à l'égard des créanciers du défunt, constituent de véritables vols; ...que le mot recélé... ne peut s'entendre... que de l'action de cacher les effets détournés ou volés; ...qu'une disposition pénale ne peut être étendue au-delà des cas expressément spécifiés... » — S. 1856.1.248 et S. 1856.1.425.

La consécration par la Chambre Civile, et en des termes particulièrement énergiques, de la conception pénale du recel, n'empêchait pas la Cour de Poitiers de décider, le 17 août 1860, que l'article 1477 a prévu une « réparation » spéciale pour le cas de recel : S. 1865.2.582.

Et ces contradictions ne sont pas un des moindres intérêts que présente l'étude de notre matière, soit pour le docteur, soit pour le modeste historien des idées et de la jurisprudence.

C'est peut-être pourquoi un arrêliste anonyme du *Sirey* annotant une décision de la Cour de Pau, en date du 6 juin 1864, écrivait que « la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour ne faire l'application de la peine du recélé qu'autant qu'il y a eu, de la part de l'héritier, des faits assimilables au vol... » — S. 1865.2.105.

D'ailleurs, nous avons montré au 3^e paragraphe du présent chapitre, que d'assez nombreuses décisions mêlaient les deux notions de peine et de réparation.

Ce fut le cas d'un jugement du Tribunal de la Seine, dans l'affaire Hébert. « La part dont l'article 1477 prive l'époux qui a fait fraude à la communauté lui est enlevée à titre de peine et est dévolue à son conjoint comme la juste réparation du dommage auquel cette fraude l'avait exposé... »

Sur appel, la Cour de Paris considérait bien que l'article 1477 prévoit « une sanction pénale répressive de la fraude dont s'est rendu coupable l'époux spoliateur », mais elle sanctionnait, quant aux reprises, une conséquence de la théorie opposée : 20 août 1863. — S. 1863.2.225.

La même année, dans une affaire Pitoiset, un jugement du Tribunal de Chaumont estimait que le recel constitue un « quasi-délit », dont les auteurs doivent être condamnés « à réparer le dommage ».

Cette idée de réparation était consacrée *in terminis* par la Chambre des Requêtes, saisie d'un pourvoi formé en cassation de l'arrêt de Dijon qui infirmait le jugement de Chaumont : 24 avril 1865. — S. 1865.1.220.

On se souvient que, dix ans auparavant, la Chambre Civile avait donné la solution opposée.

D'ailleurs, cela n'allait pas sans soulever des protestations. Une note au *Sirey* à propos d'un arrêt de Montpellier, du 31 août 1865 — 1865.2.336 — donne à peu près l'idée que la doctrine se faisait du recel, à cette époque. Comme la Cour de Montpellier estimait que l'interprétation large de l'article 792 « est une garantie de l'égalité des partages, qui est le principal objet des préoccupations de la loi », l'arrêliste anonyme, qui n'a pas perdu le souvenir des considérants tranchants des arrêts de 1855, proteste que « cette solution est contraire à la jurisprudence ».

Au moment même où la Cour de Montpellier faisait triompher la conception civile, la Chambre Civile, refusant de suivre la Chambre des Requêtes dans cette voie, ouverte de nouveau par elle en 1865, jugeait que l'article 792 prononce de « véritables peines », qui, par conséquent, ne peuvent être étendues du domaine des successions à celui des sociétés. Retour à la conception pénale traditionnelle, dit M. Bartin, dans son Cours de Doctorat de 1925. Nous avons vu, cependant, dans le Commentaire de Basnage sur l'article 394 de la Coutume de Normandie, que le contraire était admis, au moins partiellement, dans notre ancien droit. — Toulouse, 23 juin 1862 et, sur pourvoi : Chambre Civile, 28 août 1865. — D. 1865.1.352.

Puis, dans une affaire Groullié, la Chambre Civile revenait à la jurisprudence de 1832 et de 1844, prenant exactement le contre-pied des décisions de 1855.

« ... (le recel) n'implique pas nécessairement, dit-elle, les éléments constitutifs d'un délit; il présente seulement les caractères d'un quasi-délit ou d'une fraude, ne donnant ouverture qu'à une action civile en réparation par application des principes du droit civil, »

Et la Cour, comme si elle avait voulu effacer totalement sa jurisprudence de 1855, selon laquelle il ne peut y avoir recel punissable que s'il y a faits constituant de « véritables vols », déclarait expres-

sément que le fait prévu et puni par l'article 792 « ne saurait être qualifié délit, en l'absence de circonstances précises de nature à lui en imprimer les caractères, tels qu'ils sont rigoureusement déterminés par la loi pénale... » C'est-à-dire qu'il peut y avoir recel sans qu'il y ait « véritable vol » . 17 avril 1867. — S. 1867.1.205.

Mais la jurisprudence n'est point fixée et le grand principe d'égalité des partages qui sera si souvent invoqué par les tenants de la conception civile du recel n'a pas encore triomphé.

Dans une affaire de testament faux — affaire Fouquet — la Cour de Caen, fidèle à la doctrine des arrêts de 1855, rappelait que la disposition de l'article 792 « contient une sanction pénale et que, par conséquent, elle ne peut être étendue à des cas qu'elle ne prévoit pas... » : 6 août 1870 — S. 1872.2.89.

La même Cour, dans une affaire Avice, où il s'agissait de dettes de communauté fictivement créées par le mari, parlait de « peine civile » : 24 janvier 1873. — S. 1873.2.222.

Inversement, la Cour de Pau considère, comme l'a fait la Chambre civile, en 1867, que le recélé « ne saurait être limité dans son application à des faits constitutifs de véritables délits » : 17 janvier 1872. — S. 1873.2.118.

Mais, dans une affaire Lesserteur, la Cour de Dijon reprend l'expression de « pénalité civile » : 12 août 1874. — S. 1874.2.289.

La Chambre Civile pouvait bien, demeurant fidèle à sa jurisprudence de 1867, casser l'arrêt de la Cour de Caen dans l'affaire Avice : 22 décembre 1874 — S. 1875.1.249 —; elle pouvait bien rappeler le respect dû au principe de l'égalité des partages et confirmer, par là-même, la conception purement civile de l'action en recel; elle n'osait ou ne pouvait la consacrer *in terminis*.

Aussi, les Cours d'Appel demeuraient, dans l'ensemble, fidèles à la conception pénale des arrêts de 1855. Dans une affaire Omont, la Cour de Rouen affirme encore que l'article 1477 édicte une « pénalité civile » que l'on « ne peut étendre » : 26 février 1877. — S. 1877.2.120.

La Cour de Dijon reprend l'idée naguère soutenue par le Tribunal de la Seine, à savoir que « la peine » inscrite dans l'article 1477 répond à un « double but » : « punir l'auteur du divertissement... et indemniser ses copartageants ». Affaire Cousin-Jeannin : 3 mars 1886. — Gaz. Pal. 1886.1.774.

Puis, la Chambre Civile, cassant un arrêt de Chambéry, rendu dans une affaire Chatellard, où il s'agissait d'un testament faux, décidait que le divertissement, accompagné ou non, d'un délit proprement dit, « ne saurait être envisagée qu'au point de vue des principes du droit civil » : 15 avril 1890. — Gaz. Pal. 1890.1.682.

C'est la Cour de Chambéry elle-même qui, allant plus loin que l'arrêt qui avait cassé sa décision en 1890, déclarait, dans une affaire Petit, où il s'agissait également d'un testament faux, « que la faute très lourde, le quasi-délit ou le dol, dont s'est rendu coupable l'un des cohéritiers ou successibles, cause aux autres un préjudice dont la réparation consiste précisément dans la déchéance édictée par l'article 792 » : 12 juillet 1893. — Gaz. Pal. 1893.2.249.

Toutes ces décisions marquent l'abandon de la jurisprudence purement pénale des arrêts de 1855.

D'ailleurs, la Cour de Rouen, saisie comme Cour de renvoi dans l'affaire de la Béraudière, s'exprimant comme jadis la Cour de Pau et celle de Dijon, jugeait « que, pour entraîner la déchéance dont l'héritier est frappé, il n'est pas nécessaire que le divertissement ou le recel constituent un délit puni par la loi pénale... » : 27 décembre 1893. — sous Cass. S. 1897.1.459.

La Chambre Civile, cristallisant cette tendance, éparse dans divers arrêts, précisait sa doctrine dans une décision de rejet rendue dans une affaire Chiray : « L'action à laquelle donne lieu le divertissement, dit-elle, constitue, non une action pénale, mais une action civile en réparation du préjudice causé par le détournement... » : 11 novembre 1895. — S. 1896.1.281.

Cependant des dissidences se produisaient.

Le Tribunal civil de Versailles revenait à la notion de « pénalité civile » et d'interprétation « stricte » des termes de l'article 1477 : 29 mars 1899. — Gaz. Pal. 1899.2.184.

La Cour de Lyon, confirmant par adoption de motifs un jugement du siège, parlait de « réparer le délit » : affaire Philipp, 20 décembre 1907. — S. 1908.2.273.

Mais, à cette époque, on peut considérer la conception civile comme adoptée, au moins dans les mots, sinon dans toutes ses conséquences.

C'est la Chambre des Requêtes qui affirme « qu'il n'est pas nécessaire que les faits présentés comme constitutifs d'un recel ou d'un

d'ivertissement revêtent le caractère de délits proprement dit » : 4 mai 1914. — Gaz. Pal. 1915.134.

C'est elle encore qui, dans une affaire Brunet, parle de « dommage » et de « préjudice » : 19 octobre 1915. — Gaz. Pal. 1915.428.

Il n'est plus question de peine et d'application des principes du Code pénal.

Mais l'harmonie n'est pas encore réalisée et, si la conception civile semble officiellement consacrée en jurisprudence, les tribunaux sont loin d'en admettre encore toutes les conséquences pratiques.

CONCLUSION

Nous retrouvons, au terme de ces développements, la question que nous avons posée dans notre introduction : Qu'est-ce que le recel ? Qu'est-ce que le divertissement ?

Notons immédiatement, pour n'y plus revenir, que la différence que quelques arrêts ont faite entre le recel et le divertissement n'a aucun intérêt pour notre étude : cette différence, si différence il y a, ne concerne que les moyens mis en œuvre et non le délit en lui-même et la sanction.

Voici ce que nous trouvons à cet égard dans un arrêt de la Chambre Civile du 30 mars 1898 — *Gaz. Pal.* 1898.1.737 — : « ...soit que cet héritier divertisse des effets de la succession, en se les appropriant, soit qu'il les recèle, en dissimulant sa possession dans les circonstances où la loi l'oblige à la déclarer ».

Les autres décisions ne nous apprennent rien de plus et la distinction, nous le répétons, n'a aucun intérêt pratique.

Si le lecteur a eu la patience d'assister jusqu'au bout au dépouillement auquel nous avons procédé, depuis les lointaines décisions de Philippe de Beaumanoir jusqu'aux arrêts rendus hier par la Chambre Civile de la Cour de Cassation, il pensera sans doute que cette matière du recel peut se résumer d'un mot : le chaos.

Chaos qui, peut-être, est le fait d'un auteur au-dessous de sa tâche et qui, comme l'on dit aujourd'hui, n'a point su « dominer son sujet ». Mais, à vouloir dominer les sujets et édifier de beaux systèmes, on risque parfois de ne point faire connaître la réalité. Nous avons eu l'ambition de faire connaître, autant qu'il était en nous, cette réalité. Nous avons voulu montrer, non point quelle était notre conception du recel, d'abord parce que nous n'en avons pas, et ensuite, parce que cela n'est d'aucun intérêt. Nous avons simplement tenté de montrer ce que représentait ce mot pour les législateurs, les docteurs, les magistrats qui, depuis sept siècles, disent et font le droit en France. Si ce mot ne recouvre pas une idée très claire, nous n'y pouvons rien et

nous aurions failli à notre tâche en simplifiant arbitrairement, sous prétexte d'exposition.

Nous n'avons donc pas assisté — est-il besoin de le redire ? — à une évolution rectiligne, partant d'une notion grossière du recel et aboutissant à une belle et harmonieuse synthèse.

Notre ancien droit, malgré les progrès incontestables, me paraît avoir manqué de la technique qui, seule, lui aurait peut-être permis d'édifier une théorie satisfaisante.

Dans notre jurisprudence moderne elle-même, nous avons relevé, chemin faisant, des expressions qui pouvaient faire douter si les magistrats qui les employaient avaient une notion précise du délit qu'ils punissaient.

D'autre part, si une évolution vers une notion très large du concept de recel nous a paru pouvoir caractériser la jurisprudence contemporaine, cette évolution est bien timide, bien incertaine et entravée même par des réactions parfois brutales.

Mais nous savons au moins une chose, que nous ignorions au début de ces développements : c'est la manière de poser le problème. Et cela est fort important.

Nous disions : qu'est-ce que le recel ? Et nous constatons que de fort bons esprits n'avaient point répondu à cette question ou, au moins, n'y avaient répondu que très imparfaitement.

Aussi nous ne nous demanderons plus ce qu'est le recel. Nous allons chercher, avant de prendre congé du lecteur, à quoi répond la sanction dont le recel est frappé.

Cette question n'est pas tout à fait neuve. On se souvient peut-être qu'au chapitre qui traite *De la Sanction*, nous avons consacré un paragraphe à ce problème. Que l'on nous permette d'y revenir.

On peut concevoir que la sanction contenue dans les articles 792 et 1477 est une véritable peine. On peut, au contraire, la considérer comme la réparation du préjudice causé par le délit que ces textes visent. On peut enfin adopter une position intermédiaire et parler de peine privée.

Nous savons que les tribunaux ont parfois consacré *in terminis* l'une ou l'autre des deux premières conceptions. Or, s'ils agissaient ainsi, c'était, bien entendu, pour donner une base rationnelle et juridique à leur dispositif. Ce qui veut dire que chacune de ces conceptions entraîne des résultats pratiques très différents.

Imitant M. Bertauld, qui raisonnait in abstracto dans une « Revue Critique » de jadis, voyons quelles seraient les conséquences de l'une et de l'autre conception.

Si l'article 792 édicte une peine, les éléments constitutifs du délit seront très étroitement limités, comme en matière d'escroquerie ou d'abus de confiance; le délit, une fois constaté par les juges du fait, sera examiné, quant à la qualification, par la Cour de Cassation, qui exercera un contrôle très étroit. La preuve de ce délit devra être administrée selon des règles précises et par des moyens déterminés. La sanction, par hypothèse, c'est celle prévue par les articles 792 et 1477; mais les juges pourront prononcer une condamnation à des dommages-intérêts pour réparer le préjudice; de plus, la privation de part prévue par les articles 792 et 1477 ne portera que sur les biens que le successible recueille en qualité de successible ou que l'époux recueille en tant que commun en biens, et si l'époux commun a des reprises à exercer, il pourra faire porter ses prélèvements sur les biens divertis. Evidemment, la restitution, même spontanée des effets recélés, n'efface pas le délit et la peine demeure applicable. Mais, si le coupable meurt avant l'instance, l'action ne passe pas contre ses héritiers. Enfin, la sanction prévue pour les matières successorales et matrimoniales ne peut être étendue aux autres indivisions, en particulier à la société.

Si, au contraire, les articles 792 et 1477 donnent ouverture à une action en dommages-intérêts pour réparer le préjudice causé, ce sont les conséquences inverses de celles que nous venons d'énumérer qui devront être sanctionnées.

On voit immédiatement que la jurisprudence formée sur le Code civil a sanctionné, tantôt l'un, tantôt l'autre des deux principes opposés.

Dans l'ensemble, en ce qui concerne les éléments constitutifs, elle paraît s'orienter vers une conception large, qui serait l'application du principe suivant lequel l'action de l'article 792 est purement civile. Mais, dans le domaine de la sanction, si elle a tendance à frapper le coupable, à quelque titre que les biens qu'il a recélés lui soient parvenus, elle incline vers la conception pénale quant aux reprises et à l'allocation distincte de dommages-intérêts. En ce qui touche au pouvoir de qualification des juges du fait, la Chambre Civile est ralliée à la notion pénale, mais la Chambre des Requêtes paraît être demeurée fidèle à l'idée de réparation civile.

Au reste, ce résumé très incomplet ne doit pas faire perdre de vue les heurts, les retours en arrière, les motifs identiques justifiant des

décisions contradictoires ou les raisons opposées apportées à l'appui de dispositifs semblables.

On ne peut même point dire que c'est à partir de telle époque que la jurisprudence paraît s'être engagée dans telle ou telle voie. Pas plus qu'on ne peut affirmer, comme le fait à maintes reprises, M. Martin, que notre ancienne jurisprudence avait consacré la conception pénale.

Cette proposition de l'éminent professeur ne nous semble pas exacte.

Il écrit, par exemple, — D. sous Paris, 28 novembre 1898, 1899.2.481 — qu'« interprété dans ses origines, l'article 792 apparaîtrait comme une disposition pénale frappant des actes précis contemporains des opérations du partage ». Et M. Martin oppose la conception moderne « qui ferait de l'article 792 un instrument d'égalité entre cohéritiers ». Que veut dire M. Martin par « actes précis » ? Sans doute des actes étroitement définis, comme ils le sont aujourd'hui par la loi pénale. Nous avons vu que cela n'était pas exact. Certes, la jurisprudence contemporaine incrimine un nombre de faits beaucoup plus grand que ne le faisait notre ancien droit; mais cela tient surtout à une raison de technique juridique : notre ancien droit, nous l'avons noté, fut toujours incapable de construire une théorie du recel; il demeure le prisonnier de l'espèce. Lebrun et Bourjon, qui sont des aboutissants, montrent les prodigieux efforts qui avaient été faits. Le succès n'y avait pas répondu. Cela n'empêche pas que notre ancienne jurisprudence était très large dans son appréciation des éléments constitutifs du recel.

Elle ne frappe que des actes « contemporains des opérations du partage », écrit encore M. Martin. Cela est devenu complètement inexact, à partir du 17^e siècle. Rappelons seulement l'arrêt rendu le 2 février 1636, par le Parlement de Normandie et un arrêt du 15 mai 1656 du Parlement de Paris.

C'est ce dernier arrêt qui décidait également que le coupable serait privé, non seulement de ce qui pouvait lui advenir en sa qualité de commun en biens, mais encore de ce à quoi il pouvait prétendre comme bénéficiaire d'un don mutuel. Solution qui ne correspond pas précisément à la conception pénale que M. Martin dit avoir été celle de notre ancien droit.

Nous ne pouvons donc pas dire que, pour nos anciens auteurs, le recel se présentait essentiellement comme un délit, au sens pénal du terme.

Nous ne pouvons pas davantage soutenir qu'aux origines de notre

codification, notre jurisprudence s'en tenait à la conception pénale des articles 792 et 1477 et que, peu à peu, elle a abandonné cette théorie pour édifier une construction fondée sur la notion opposée.

Certes, de 1805 à 1830, les solutions positives de notre jurisprudence sont inspirées par une conception très étroite du divertissement. On cherche à le définir par les moyens mis en œuvre et, par là-même, on se condamne à n'en avoir qu'une idée fragmentaire et, en quelque sorte, schématique.

Cela n'empêchait d'ailleurs pas des Cours d'Appel de rendre des arrêts que l'on pourrait croire résulter directement des larges principes que la Cour de Cassation a fait triompher à la fin du siècle dernier, notamment en ce qui concerne le silence gardé par le coupable ou le mensonge commis par lui ou encore le sort du mineur recéleur.

En 1832 et en 1844, la Cour de Cassation exprime, avec une rare netteté, le principe selon lequel l'action de l'article 792 serait purement civile et la sanction prévue par ce texte une simple réparation, des dommages-intérêts fixés à l'avance et à forfait. De nombreuses Cours d'Appel sanctionnent quelques conséquences de ce principe, en particulier en ce qui concerne la restitution spontanée des objets divertis (quoique M. Martin ait affirmé le contraire dans son Cours de Doctorat 1924-1925, déjà cité), en ce qui touche également la possibilité de poursuivre l'héritier du coupable.

Mais d'autres Cours d'Appel — quand ce ne sont pas les mêmes, circonstance aggravante — demeurent fidèles, surtout sur le terrain du fait incriminé, à l'interprétation étroite.

N'en concluons pas qu'elles tiennent pour la conception pénale, quoique le mot de peine apparaisse parfois dans leurs décisions. Seulement, elles interprètent le Code Civil d'une façon qui était alors en honneur : on considérerait ce recueil comme un tout se suffisant à lui-même et si des difficultés se produisaient sur le sens d'un article, il était admis que la seule manière de les résoudre était de faire appel à d'autres textes du même Code, à l'exclusion des recherches d'histoire, des applications par analogie, des références à des décisions de la pratique. Les Cours d'Appel ne pouvaient donc songer à bâtir une théorie quelconque du recel : elles s'en tenaient au texte.

C'est sans doute ce qui facilita grandement la réaction des arrêts de 1855, qui proclament la liaison étroite de la notion de recel aux autres notions du droit criminel, aussi nettement que l'idée contraire avait été affirmée en 1844.

Aussi, la Cour Suprême pouvait-bien se reprendre quelques années plus tard, les Cours d'Appel s'en tenaient à la conception simple des arrêts de 1855. Et, d'ailleurs, la Cour de Cassation elle-même ne parvenait pas sans tâtonnements à élaborer sa notion du divertissement.

Si, à partir de 1861, elle revenait à une conception large du recel, cela ne l'empêchait de sanctionner les conséquences directes de l'interprétation étroite et pénale, d'abord la même année, en ce qui concerne le pouvoir des juges du fond sur la qualification des éléments de fait, puis en 1865, en ce qui touche les reprises à exercer par l'époux coupable. Reconnaissons qu'à partir de 1867, la Cour Suprême sanctionnera peu à peu toutes les conséquences du principe selon lequel l'action de l'article 1477 serait une action civile. Cela est vrai dans l'ensemble. Mais, sous peine d'être inexact, il faut signaler immédiatement qu'en matière de pouvoir des juges du fond, la conception pénale a totalement prévalu à la Chambre Civile et qu'il semble qu'il en soit de même en matière d'allocation distincte de dommages-intérêts. Exceptions d'importance, on le voit.

Le lecteur ne s'étonnera pas qu'il soit singulièrement difficile de répondre à notre question, même sous la nouvelle forme dans laquelle elle est posée. La Cour de Cassation, elle-même, consacre des conséquences capitales de l'une et l'autre conception.

Alors, on songe à la troisième, à la « peine privée », dont l'étude a été faite par le savant M. Hugueney. — Dijon, 1904.

« Les déclarations précises de la jurisprudence, écrit-il, — pp. 134, sqq. op. cit. — persistent à témoigner en faveur des idées pénales ». M. Hugueney veut trouver une persistance de ces idées pénales, en particulier dans ce fait que les tribunaux « ont implicitement jugé qu'en dehors des déchéances à lui infligées par l'article 792, l'héritier pouvait, si le dommage par lui causé l'emportait sur la perte par lui soufferte, être condamné à verser, sur son patrimoine, au lésé, une indemnité supplémentaire ». Et l'auteur cite, à l'appui, l'arrêt rendu par la Cour d'Amiens dans l'affaire Stourdza-Gortschakow, le 3 mars 1898.

Nous ne le contestons pas : nous disons simplement que, s'il y a persistance des idées pénale, il y a aussi intrusion des idées purement civiles de réparation de préjudice, vérifiées par d'autres conséquences.

Ce que le savant auteur, à notre sens, a le mieux mis en lumière, c'est le caractère « privé » de la peine, qui se marque par la limi-

tation des personnes à qui l'action est donnée et par l'attribution des valeurs recélées à ceux-là seuls qui ont agi.

Et M. Hugueney nous paraît avoir raison contre M. Bartin lorsqu'il conclut, p. 139, « que la peine privée, loin de s'affaiblir et en quelque sorte de se voiler, comme l'enseigne M. Bartin, n'a fait que gagner en précision... Ce qui est vrai, c'est que le recel, délit à l'origine étroitement limité, est devenu, sous l'impulsion de la jurisprudence, le nom sous lequel se cachent les fraudes les plus nombreuses et les plus dissemblables ».

Cette extension a, d'ailleurs, été marquée par M. Hugueney précédemment, lorsqu'il écrit : « La jurisprudence fait de la peine du recel une sanction qui assure à la fois l'obligation au rapport et l'efficacité de la réserve. »

Or, dans l'affaire Caradec, la Cour de Rennes avait nettement déclaré, arrêt du 1^{er} mai 1854, que la pénalité de l'article 792 ne pouvait pas devenir la sanction des règles sur la réserve et la quotité disponible.

C'est que, peu à peu, une autre idée s'était fait jour, et, il faut bien le dire également, un autre procédé d'interprétation des textes était appliqué.

On en venait à penser que la règle de l'égalité des partages que le Code civil consacre en de nombreux articles pourrait être énergiquement sanctionnée par les dispositions de l'article 792. Mais, on songeait aussi à ne plus voir dans le recel un pur fait matériel : on se demandait également ce qu'avait voulu le coupable et si ce qu'il voulait n'était pas précisément le contraire même de ce que le législateur s'efforçait avec un si grand soin de maintenir.

Dix ans à peine après les arrêts de 1855, une Cour d'Appel, celle de Montpellier, osait invoquer le principe de l'égalité des partages. Mais les Cours d'Appel, nous l'avons vu, rendirent des décisions dans tous les sens. C'est la Cour de Casation qui reprit cette idée et qui, patiemment, depuis un demi-siècle, construit sur elle une notion du divertissement qui n'est plus la conception pénale qu'elle avait consacrée, mais qui n'est pas encore et qui ne sera sans doute pas, de longtemps — à cause de son contrôle sur la qualification donnée par les juges du fond aux éléments de fait du délit — la pure conception civile.

Au milieu de toutes les variations des Cours d'Appel, la Chambre Civile demeura remarquablement ferme, influencée naturellement par

les particularités des espèces qui lui étaient soumises, mais conservant cependant toujours le regard fixé sur l'idée nouvelle qui devait être la pierre angulaire de l'édifice qu'elle bâtit encore sous nos yeux.

Comme le fait si justement remarquer M. Bartin dans la note précitée, au Dalloz de 1899, « la loi française s'est occupée d'assurer, par de nombreux moyens, l'égalité des partages... Egalité dans la composition de la masse (à partager), égalité dans la répartition... A ce double but, correspondent des institutions dont le caractère n'a rien d'ambigu : rapport des dons et des legs, d'une part; système de la rescision et concession du privilège, d'autre part ». Il semble bien que la prohibition du recel soit destinée également à assurer l'égalité dans la composition même de la masse à partager; on punira des faits antérieurs à la liquidation, ce que la jurisprudence a fini par admettre, à l'exemple de celle de notre ancien droit. Prohibition du recel, rapport sont donc deux institutions de même but. Et l'on comprend que la sanction contenue dans l'article 792 ait fini par devenir un moyen énergique d'assurer le rapport et le respect des règles sur la réserve et la quotité disponible.

Nous avons maintenant pris une idée peut-être suffisante pour répondre à la question posée sous la première forme et nous pourrions dire qu'il y a recel dans toute manœuvre entreprise, à quelque époque et par quelques moyens que ce soient, par un époux commun ou par un successible pour modifier, à son profit, la communauté de biens ou la masse successorale.

Les moyens importent peu. C'est par le seul but poursuivi que le recel peut se définir. On dira qu'une telle définition autorise les tribunaux à scruter arbitrairement les esprits pour y découvrir l'intention, en quoi réside essentiellement le délit. Nous répondrons que, certainement, la définition de M. Bertauld, selon lequel le recel ne peut s'entendre « que de l'action de cacher des effets détournés ou volés » évite tout arbitraire.

Aussi, avons-nous bien pris soin d'avertir le lecteur que ce n'était point notre définition que nous entendions donner.

Nous lui avons dit, et nous répétons en terminant : voyons ce qu'a été le recel dans notre ancien droit; voyons ce qu'il est devenu dans la jurisprudence issue du Code Civil et ce qu'il est aujourd'hui.

Sa sanction? Ni une peine proprement dite, ni une évaluation forfaitaire de dommages-intérêts; plutôt une peine privée.

Le recel lui-même? Ni une escroquerie, ni un abus de confiance, ni

un vol; mais plus qu'une simple faute civile. Notion intermédiaire. Nous n'y pouvons rien. Et la Cour de Cassation n'y peut rien non plus. L'histoire précisément nous enseigne, non seulement ce qu'est aujourd'hui le recel, mais encore pourquoi il est ainsi et ne peut être autre.

Institution hybride, tenant à la fois du droit civil et du droit pénal, le recel n'a jamais été défini par nos lois. Ce mot technique a été laissé à l'abandon. La jurisprudence l'a trouvé, l'a d'abord confondu avec d'autres mots semblables, puis lui a donné une acception plus particulièrement juridique, l'a précisée peu à peu et, lentement, a construit sa théorie du détournement qui s'est enfin dégagée des cadres étroits où l'enfermaient quatre textes épars, qui traitaient d'autres questions et ne lui consacraient qu'une mention incidente et dédaigneuse.

6 Février 1928.

Lu et approuvé :

Le Président,

CAPITANT.

Vu : Le Doyen,

BERTHELEMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLETY.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
----------------------	---

PREMIERE PARTIE

L'ANCIEN DROIT	13
CHAPITRE PRELIMINAIRE. — Les Précédents Romains	13
CHAPITRE PREMIER. — Les Eléments constitutifs	18
SECTION PREMIÈRE. — Le fait incriminé	18
SECTION DEUXIÈME. — Le faux serment comme élément constitutif	40
SECTION TROISIÈME. — La personne punissable	44
CHAPITRE SECOND. — La sanction	56
SECTION PREMIÈRE. — Procédure	56
SECTION DEUXIÈME. — Des fins de non recevoir	69
SECTION TROISIÈME. — La pénalité	86

SECONDE PARTIE

LE DROIT MODERNE	121
CHAPITRE PREMIER. — Le fait incriminé	121
SECTION PREMIÈRE. — En quoi il consiste.. .. .	121
SECTION DEUXIÈME. — Les éléments moraux	173
SECTION TROISIÈME. — Le pouvoir de qualification des juges du fait	194
CHAPITRE DEUXIÈME. — La personne punissable	213
LA SANCTION	225
CHAPITRE PREMIER. — Des fins de non-recevoir opposées à l'action en reel	225
CHAPITRE SECOND. — Idée qui domine la Sanction	236
CONCLUSION	277

Imp. Les Presses Modernes — 45, Rue de Maubeuge — Paris
(Ateliers de Troyes - Aube)
